

München, 1960

Rechtliche Gleichwertigkeit der Therapien?

(Zur Frage des Einflusses medizinischer Richtungsgegensätze
oder Meinungsverschiedenheiten
auf die strafrechtliche Beurteilung des ärztlichen Eingriffs)

von

WALTER LOEWE

Rechtliche Gleichwertigkeit der Therapien?

(Zur Frage des Einflusses medizinischer Richtungsgegensätze
oder Meinungsverschiedenheiten
auf die strafrechtliche Beurteilung
des ärztlichen Eingriffs)

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Walter Loewe



1960

5349/60

Referent: Professor Dr. Karl Engisch
Correferent: Professor Dr. Reinhart Maurach
Tag der mündlichen Prüfung: 26. Februar 1960

M E I N E M G R O S S V A T E R

P R O F . D R . M E D . H . M E R K E L



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554014_0040

Inhaltsverzeichnis

Seite:

EINLEITUNG

§ 1	Bemerkungen zum Thema.	1
1. TEIL:	Der ärztliche Kunstfehler	5
§ 2	Der Begriff des ärztlichen Eingriffs	5
§ 3	Der Begriff des ärztlichen Kunstfehlers	7
	I. Vorbemerkung	7
	II. Der Begriff des ärztlichen Kunstfehlers in der Literatur	8
	III. Der Begriff des ärztlichen Kunstfehlers in der Rechtsprechung	12
	IV. Zusammenfassung	14
§ 4	Rechtliche Bedeutung der Feststellung eines Kunstfehlers	17
§ 5	Abstrakte oder konkrete Betrachtungsweise	18
§ 6	Die Frage nach dem Maßstab	22
2. TEIL:	Gleichwertigkeit der Therapien	27
§ 7	Der medizinische Hintergrund	27
	I. Vorbemerkung	27
	II. Die tatsächlichen Grundlagen	27
§ 8	Die rechtliche Seite	33
§ 9	Die Rechtsprechung	37
§ 10	Das Schrifttum	55
§ 11	Grenzen der Gleichwertigkeit	61

Seite:

§ 12	Eigene Stellungnahme	67
§ 13	Die ärztliche Aufklärungspflicht hinsichtlich der Therapie	70
	I. Die Aufklärungspflicht im allgemeinen	70
	II. Die Aufklärungspflicht hinsichtlich der Therapie	71
	III. Zusammenfassung	78
§ 14	Sachverständigenfragen	79
§ 15	Zusammenfassung	82

Literaturverzeichnis

- Beling, Ernst "Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe", ZStW Bd.44, S.220.
- Berger, H. "Wie soll sich die Rechtspflege zu den Grundsätzen der Naturheilkunde einstellen?". DJZ 1936, S.1475 .
- Boehm, Gottfried, Einführung in die Therapie, München 1950.
- Böhme, K. "Ärztlicher Kunstfehler", im Handwörterbuch der gerichtlichen Medizin und naturwissenschaftlichen Kriminalistik, bearbeitet u.herausgegeben von F.v. Neureiter, F.Pietrusky und E.Schütt, Berlin 1940 .
- Bohne, Gotthold "Rechtsfragen aus der ärztlichen Praxis", DMW 1936, S.1763 .
- Bohne, Gotthold
Euler, Hermann Forensische Zahnheilkunde, München 1956 .
Venter, Robert
- Bucher, Eugen "Die Auswirkung des Persönlichkeitsrechts, insbesondere die Persönlichkeit des Patienten als Schranke der ärztlichen Tätigkeit". Zürich 1957 .
- Ebermayer, Ludwig Arzt und Patient in der Rechtsprechung, Berlin 1925 .

Der Arzt im Recht, Rechtliches Handbuch für Ärzte, Leipzig 1930 .
- Engisch, Karl "Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung", ZStW Bd.58, 1939, S.1 .

"Der Arzt im Strafrecht", Mon.Schr. Krim.Biol. 1939, S.414 .

"Irrtümer und Fehler des Chirurgen", Langenbecks Archiv für klinische Chirurgie (Kongressorgan der Deutschen Gesellschaft für Chirurgie), Bd.273, 1952, S.428 .

- Engisch, Karl "Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation" in "Fehler und Gefahren bei chirurgischen Operationen" von R.Stich und K.H.Bauer, 4.Auflage, Jena 1958 .
- Erdsiek, "Umwelt und Recht", NJW 1959, S.807 .
- Friedrich, Martin "Die Aufklärungspflicht des Arztes", VersR. 1954, S.329 u.380.
- "Der Jurist und die Aufklärungspflicht vor der Schockbehandlung", Med.Klin. 1955, S.744 .
- Gebauer, Heinrich "Zur Frage der Zulässigkeit ärztlicher Experimente unter besonderer Berücksichtigung der für die Heilbehandlung entwickelten Grundsätze", Wien 1949 .
- Göbbels, Hans "Die Duldung ärztlicher Eingriffe als Pflicht", Stuttgart 1950 .
- Göppinger, H. "Die Aufklärung und Einwilligung bei der ärztlichen, besonders der psychiatrischen Behandlung", Fortschritte der Neurologie, Psychiatrie und ihrer Grenzgebiete, Bd.24, 1956, S.53 .
- Goldbach, H.J. "Die ärztliche Haftung bei falscher Diagnose und mangelnder Aufklärung", Dt.Z.ger.Med.,Bd.42, 1953, S.377 .
- Goldhahn, Richard Chirurgie und Recht (Die Haftung des
Hartmann, Werner Chirurgen und die Sicherungsmaßnahmen in der Praxis), Stuttgart 1937.
- Haberland, H.F. "Ärztliche Kunstfehler", JW 1932, S.3304.
- "Appendizitis und Naturheilkunde", MMW 1938, S.281 .
- Hofacker, Willi Die Heilbehandlung im Strafrecht (Ein Beitrag zur Strafrechtsreform) Stuttgart 1941 .
- Hübner, Arthur Ärztliches Haftpflichtrecht (Seine
Drost, Hans Grundlagen und seine Bedeutung im Verhältnis des Arztes und des Krankenhauses zum Patienten), Berlin - Göttingen - Heidelberg, 1955.

- Hübner, Arthur
Warneyer, Otto Haftpflichtfälle aus der ärztlichen Praxis in juristischer Beleuchtung, Berlin 1939.
- Iversen, Gerd "Placebo-Versuche - Placebo-Komplexe?" in ÄM 1956, S.1021 .
- Jaspers, Karl Die Idee des Arztes (Vortrag beim Schweizer Ärztetag vom 6.6.1953), ÄM 1953, S.476 .
- Jores, A. "Magie und Zauber in der modernen Medizin", DMW 1955, S.915 .
- Katsch, Gerhardt Der therapeutische Imperativ des Arztes, München 1958 .
- Kern, Berthold "Frischzellen, Magie, Forscherpflicht und Strafrecht", Der Landarzt 1957, S.211 .
- König, Friedrich Fr. "Diphtherie-Serum oder nicht?" - Ein Beitrag zur haftpflichtrechtlichen Beurteilung der Homöopathie, JW 1938, S.345 .
- König, Friedrich Franz
Köstlin, H. Haftpflicht des Arztes, Leipzig 1937 .
- Kohlhaas, Max "Probleme der Arzthaftung", VersR.1955, S.721 .
- Kohlrausch-Lange Kommentar zum StGB, 41.Aufl., Berlin 1956.
- Kuhns, Richard R. Das gesamte Recht der Heilberufe, Berlin 1958 .
- Leipziger Kommentar 8.Auflage, 1958, Berlin
- Liertz, Werner
Pfafrath, Hans Handbuch des Arztrechts, Düsseldorf 1938 .
- Lindenmaier-Möhring Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, München u. Berlin, Serie 1956-1960 : (LM)
- Lohmann, Karl "Arzt und Patient", JW 1936, S.3112 .
- Marcetius, Karl Arzneimittelrecht, Entscheidungssammlung, 2.Auflage, 1955, München und Berlin .
- Martini, Paul "Typische Fehler bei der therapeutischen Erfolgsbeurteilung" - Dokumentation in Medizin und Biologie, 1959, S.31 (Heft 2) .

- Maurach, Reinhart, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, Karlsruhe 1953 .
- Mayer, Hellmuth Strafrecht, Allgemeiner Teil, Stuttgart und Köln 1953 .
- Mezger, Edmund "Über strafrechtliche Verantwortlichkeit für ärztliche Kunstfehler", Dt.Z.f.ger.Med., Bd.42, S.365 (1953).

Strafrecht, II.Teil, Studienbuch, 4.Auflage, München und Berlin 1954.
- Müller-Hess, Victor "Der ärztliche Kunstfehler", Dt.f.ger.Med., Bd.42, S.349 (1953).
- Neidhardt, Karl "Behandlungsrecht des Arztes und ärztliche Aufklärungspflicht in der Sicht des Arztes und des Juristen", NJW 1956, S.1097 .
- Müller, Gertrud
- Neuffer, Hans "Ärztliche Ethik" in der Reihe "Therapie und Praxis", 3.Auflage, Heft 1, S.1 .
- Palandt, Kommentar zum BGB, 17.Aufl. 1958, München und Berlin.
- Perret, Wolfgang "Über die Ursachen der Zunahme von Arzthaftpflichtfällen", Helvetia Chirurgica Acta (herg. im Auftrag der Schweizerischen Gesellschaft für Chirurgie), Basel 1954, S.231 .

Arzthaftpflicht (Ärztliche Beurteilung häufiger Komplikationen bei Diagnostik und Therapie unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung), München und Berlin 1956.

"Die Grenzen ärztlicher Fortbildung", Med.Klin. 1958, S.94 .
- Prokop, Otto u. Ludwig Homöopathie und Wissenschaft - Eine Kritik des Systems, Stuttgart 1957.
- Prokop, Otto "Kurpfuscherei", in Ponsold, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, S.630, 2.Aufl., Stuttgart 1957 .
- Reichenbach, Martin "Praktisch verwertbare Maßstäbe für das Ausmaß der ärztlichen Aufklärungspflicht" in Lebensversicherungsmedizin (Blätter für den versicherungsärztlichen Dienst), 1959, S.1.

- Reichenbach, Martin "Straf- und zivilrechtliche Gesichtspunkte bei Komplikationen nach Kieferhöhlenpunktion", H.N.O. Beihefte zur Zeitschrift f.Hals-, Nasen- und Ohrenheilkunde, Bd.8, Heft 1, 1959 .
- Schaetz "Das öffentliche Gesundheitswesen und seine Gestaltung", MMW 1934, S.24.
- Schellworth, W. "Ermessen und Irrtum bei der Begutachtung", Der medizinische Sachverständige 1958, S.192 .
- Schlemmer, F. "Haftet ein Arzt für Schäden, die durch ein noch nicht im Handel befindliches Heilmittel hervorgerufen werden?" DMW 1955, S.295 .
- Schmidt, Eberhard Der Arzt im Strafrecht, Leipzig 1939 (Heft 116 der Leipziger rechtswissenschaftlichen Studien, hrsg. von der Leipziger Juristen-Fakultät) .
- "Behandlungspflicht und Nothilfepflicht des Arztes", Mon.Schr.Krim.Biol.Bd.33, 1942, S.85 .
- "Der ärztliche Kunstfehler", DMW 1947, S.145 u.199 .
- "Rechtsfragen zur chirurgischen Operation", Langenbecks Archiv für klinische Chirurgie, Bd.273, 1952, S.410 .
- Ärztliche Rechtskunde in: Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, einschließlich der ärztlichen Rechtskunde und der Versicherungsmedizin, hrsg. von A.Ponsold, 2.Auflage, Stuttgart 1957.
- Schönke-Schröder Kommentar zum StGB, 9.Auflage, 1959 München und Berlin.
- Schwarz, Otto StGB-Kommentar, 21.Auflage, 1959, München und Berlin.
- Silverman, Milton "Medicine's Legal Nightmare: "Malpractice", Reader's Digest, amerikanische Ausgabe, Juli 1959, S.34 .
- Virchow, Rudolf "Kunstfehler der Ärzte", Ges.Abhandl. aus dem Gebiet der öffentlichen Medizin II, 1879, S.514 .

- Warneyer "Haftung für ärztliche Kunstfehler",
Der Chirurg, 1933, S.290 .
- Welzel, Hans Das deutsche Strafrecht, 5.Auflage,
1956, Berlin .

- - - - -

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	= anderer Ansicht
aaO.	= am angegebenen Ort
ÄM	= Ärztliche Mitteilungen
a.M.	= anderer Meinung
Anm.	= Anmerkung
BÄK	= Bundesärztekammer
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHSt	= Entscheidungen des Bundesgerichts- hofs in Strafsachen
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichts- hofs in Zivilsachen
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung
Der med.Sachverst.	= Der medizinische Sachverständige
DMW	= Deutsche Medizinische Wochenschrift
Dt.Z.f.ger.Med.	= Deutsche Zeitschrift für die gesamte gerichtliche Medizin
E.	= Entscheidung
h.L.	= herrschende Lehre
h.M.	= herrschende Meinung
HRR	= Höchststrichterliche Rechtsprechung
JW	= Juristische Wochenschrift
KG	= Kammergericht
Langenbecks Archiv	= Langenbecks Archiv für klinische Chirurgie
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
Med.Klin.	= Medizinische Klinik
MMW	= Münchner Medizinische Wochenschrift
MoSchr.f.Krim.Biol.	= Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform
NdsRpfl.	= Niedersächsischer Rechtspfleger
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
RG	= Reichsgericht
RGSt	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

Rspr.	= Rechtsprechung
U.	= Urteil
VersR.	= Versicherungsrecht
vgl.	= vergleiche
ZStW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
zust.	= zustimmend

Bei Fehlen weiterer Hinweise sind die Zeitschriften nach Jahrgang und Seitenzahl zitiert.

E I N L E I T U N G

§ 1

Bemerkungen zum Thema

Im Anschluß an die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts¹⁾ hat der Bundesgerichtshof bis in die jüngste Zeit daran festgehalten, daß auch ein nach den Erfahrungen der Heilkunde und den Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes zu Heilzwecken vorgenommener Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Patienten eine Körperverletzung sei, deren Rechtswidrigkeit durch die Einwilligung des Patienten ausgeschlossen werden könne²⁾. Diese Auffassung der Rechtsprechung stößt von jeher nicht nur auf den entschiedenen Widerspruch der Ärzteschaft, sondern auch der überwiegenden Mehrheit des juristischen Schrifttums. Sämtliche Strafgesetzentwürfe haben den ärztlichen Eingriff aus dem Bereich der Körperverletzung ausgeklammert³⁾; eine gesetzliche Regelung, die allein eine endgültige Klärung der Frage bringen könnte, ist bisher nicht erfolgt. Im "Entwurf eines Strafgesetzbuchs" nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission in erster Lesung, zusammengestellt und überarbeitet vom Bundesministerium der Justiz aus dem Jahre 1959 findet sich im Besonderen Teil (§ 167) folgende Bestimmung, die sich mit der Heilbehandlung befaßt:

"Eingriffe und andere Behandlungen, die nach den Erfahrungen der Heilkunde und den Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes zu Heilzwecken erforderlich sind und vorgenommen werden, sind nicht als Körperverletzung strafbar". (4)

-
- 1) RGSt 25, S. 375 ff.; 38, 34; 74, 93, 350; vgl. auch Bohne, Forensische Zahnheilkunde, S. 63 u. BGHZ in NJW, 1956, S. 1106 ff.
 - 2) Vgl. Leipziger Kommentar, § 223, III, Nr. 2; Schönke-Schröder, V; Kohlrausch-Lange, III.
 - 3) Vgl. Engisch, ZStW 58, S. 1 ff. und die dort angegebenen Entwurfsbestimmungen.
 - 4) Vgl. jetzt Entwurf 1959 II, der die Zweckrichtung weiter faßt als § 167, sonst aber gleich lautet. (...zu dem Zweck erforderlich sind und vorgenommen werden, Krankheiten oder Leiden zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern ...).

In dem Entwurf hat sich also wieder die bisher höchst-
richterlich abgelehnte Auffassung durchgesetzt, daß
"lege artis" vorgenommene Eingriffe und Behandlungen
nicht als Körperverletzung strafbar sind. Dem
entsprechen auch die Gutachten und Stellungnahmen
der deutschen medizinischen Fachgesellschaften zur
strafrechtlichen Behandlung des ärztlichen Eingriffs¹⁾.
De lege lata fehlt es aber noch an einer endgültigen
Klärung der Rechtsnatur des ärztlichen Eingriffs.

Ob man nun die Auffassung der Rechtsprechung teilt,
wonach der ärztliche Eingriff stets eine tatbestands-
mäßige Körperverletzung darstellt, deren Rechtswidrig-
keit allerdings durch eine wirksame Einwilligung be-
seitigt wird, oder der Überwiegenden Meinung des
Schrifttums folgt, die schon die Tatbestandsmäßigkeit
ablehnt, stets hat die im Ausgangspunkt unterschied-
liche rechtliche Beurteilung zur gemeinsamen Voraus-
setzung, daß es sich um einen kunstgerechten ärztli-
chen Eingriff handelt. Daß der Heilkundige, der nach
der Übung eines gewissenhaften Arztes und den aner-
kannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft verfährt,
nicht der Körperverletzung schuldig werden kann, steht
also im Ergebnis fest; nur sind die Begründungen ganz
verschieden.

Die Frage nach dem Maßstab für kunstgerechtes Vor-
gehen des Arztes ist daher auch für die strafrecht-
liche Beurteilung der Heilbehandlung von großer Be-
deutung. Im Hinblick darauf, daß unter Medizinern
häufig Meinungsverschiedenheiten bezüglich der kunst-
gerechten Behandlung bestehen, ist dieser Maßstab

1) vgl. "Gutachten und Stellungnahmen zu Fragen der
Strafrechtsreform mit ärztlichem Einschlag",
Bonn 1958, S. 52, 69, 141.

recht problematisch. Englisch¹⁾ bezeichnet daher die vorliegende Frage als das "heikelste Problem des Kunstfehlers"²⁾. Auch Eberhard Schmidt³⁾ und Liertz-Pfaffrath⁴⁾ haben die Problematik herausgearbeitet und Lösungsversuche unternommen.

Von medizinischer Seite wird immer wieder darauf hingewiesen, daß es in der Medizin so gut wie keine Regeln gebe, von relativ wenigen Ausnahmen abgesehen⁵⁾; das gilt im besonderen für das Gebiet der Behandlung, in der "viele Wege nach Rom" führen (Schellworth a.a.O.).

In der vorliegenden Untersuchung soll daher der Versuch unternommen werden, die Frage einer Klärung näher zu führen, ob und inwieweit mehrere Behandlungsmethoden strafrechtlich gleichwertig sind. Auszugehen ist dabei von dem Begriff des Kunstfehlers, weil dieser stets in irgend einer Form die Feststellung medizinisch fehlerhaften Verhaltens beinhaltet, und der objektive Maßstab für kunstgerechtes Vorgehen die Quelle der vorliegenden Problematik ist. Naturgemäß muß sich die juristische Untersuchung des Problems in erster Linie auf rechtliche Fragen konzentrieren, wenn auch der tatsächliche medizinische Hintergrund nicht außer Acht gelassen werden

1) Fehler und Gefahren, S.1539 und Irrtum und Fehler, S.434.

2) vgl.dazu auch König-Köstlin, S.67

3) In "Arzt im Strafrecht", S.138 ff., in ~~Ronsold~~ , S.46 ff.

4) Handbuch des Arztrechts, S.264 ff.

5) Vgl. Jores in DMW 1955, S.915 f.; Katsch, Der therapeutische Imperativ des Arztes, S.13 f., 17 ff., 39. Schellworth, Der med. Sachverst., 1958, S.192; Boehm, Einführung in die Therapie, S.10 f.

darf, da die Lösung der Rechtsfragen weitgehend von der Gestaltung der tatsächlichen Verhältnisse abhängt.

Die Fortentwicklung der Medizin und die Spezialisierung auf allen ihren Gebieten haben keineswegs zu einer Abnahme der Arzthaftpflichtprozesse und der Strafverfahren gegen Ärzte beigetragen, vielmehr wird von einer ständigen Zunahme von Arzthaftpflichtfällen berichtet¹⁾. Dabei bemerkt Perret, daß nicht wenige vermeidbare wie unvermeidbare Komplikationen bei ärztlicher Diagnostik und Therapie "im Gewissen des Arztes schlummern und nicht bekannt werden". Auch aus den USA wird von einer enormen Inanspruchnahme der Ärzte wegen angeblicher Kunstfehler berichtet²⁾. Die Schadenssumme beläuft sich danach auf 50 Millionen Dollar im Jahr. Der Verfasser erklärt dies mit den wirkungsvolleren, aber auch gefährlicheren Methoden, wie etwa den Operationen von Herz und Gehirn.

1) Vgl. Perret, Helvetia Chirurgica Acta, 1954, S.231 f.

2) Silverman in Reader's Digest, Amerikanische Ausgabe, Juli 1959, S.34 ff.

1. T E I L

Der ärztliche Kunstfehler

§ 2

Der Begriff des ärztlichen Eingriffs

Mit der fortschreitenden Entwicklung der Medizin hat der Begriff "ärztlicher Eingriff" eine solche Bedeutungserweiterung erfahren, daß eine Beschränkung auf rein chirurgisches Handeln heute nicht mehr haltbar erscheint¹⁾. Mit Recht weist Göbbels darauf hin, daß die Röntgen- und Strahlenbehandlung sowie die Behandlung mit Ultraschall- und elektrischen Wellen schon heute in einer Reihe von Indikationsgebieten das Messer des Chirurgen abgelöst hat, und daß die heutige innere Medizin bei fortschreitendem Einblick in biologisches Geschehen und erweiterter technischer Beherrschung und Ausnutzung naturgegebener Kräfte Vorstöße in Gebiete wagt, die, soweit überhaupt, seither höchstens dem Chirurgen zugänglich sein konnten.

Dieser Tendenz entsprechend versteht der überwiegende Teil des Schrifttums heute unter "ärztlichem Eingriff" nicht nur ein Eindringen in die körperliche Substanz, sondern jede ärztliche Behandlung, chirurgische wie internistische, diagnostische wie therapeutische und rein prophylaktische²⁾.

1) Göbbels, Die Duldung ärztlicher Eingriffe als Pflicht, S.5 ff.

2) vgl.dazu Bohne,a.a.O.,S.62 f.; Mezger,Dt.Z.f. ger.Med.Bd.42,1953,S.365 u.Lehrb.II,S.45; E.Schmidt,Der Arzt im Strafrecht, S.136; Leipz. Kommentar, § 223 III Nr.2 u.Kohlhaas in Kuhns I, S.608.

In der vorliegenden Untersuchung wird von dieser weitgefaßten Bedeutung ausgegangen, wie sie Göbbels¹⁾ folgendermaßen zutreffend formuliert hat:

" Ärztliche Eingriffe sind zur Abwendung oder Bekämpfung eines regelwidrigen körperlichen oder geistigen Zustands bestimmte Behandlungsmaßnahmen, die nach Erkenntnis und Übung der medizinischen Wissenschaft und Praxis auf Grund individueller und/oder überindividuell, im Interesse der Gesellschaft ausgerichteter medizinischer Indikation, in zielstrebigem Vorgehen von außen in die Integrität des menschlichen Körpers bzw. den Ablauf seines biologischen Geschehens für Zeit und Dauer erheblich und/oder nachhaltig einzugreifen geeignet sind ". (2)

-
- 1) a.a.O., S.10; a.A. Engisch, Fehler und Gefahren, S.1521, der den Begriff des ärztlichen Eingriffs bei Bohne und Mezger für zu weit gefaßt hält.
 - 2) Eingriffe im hier vertretenen Sinn können auch von Heilpraktikern vorgenommen werden, die - zwar ohne Bestallung - eine behördliche Erlaubnis zur berufsmäßigen Ausübung der Heilkunde haben. Ihre Tätigkeit unterliegt dem Heilpraktikergesetz vom 17.2.1939 (RGBl I, 251), das in seinen wesentlichen Bestimmungen nach einem Urteil des BVerwG vom 24.1.1957 (MDR 1957, S.376) heute noch Geltung besitzt (vgl. dazu auch Prokop in Ponsold, S.639). Nach § 1 Abs.1 u.2 HPrG ist jede Berufstätigkeit oder gewerbsmäßige Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden bei Menschen nur mit behördlicher Erlaubnis zulässig. Die vorliegende Arbeit behandelt jedoch nur ärztliche Eingriffe, d.h. Eingriffe, die von Personen vorgenommen werden, die ein medizinisches Hochschulstudium abgeschlossen haben und die Approbation besitzen. Erwähnt sei jedoch, daß die bei der Strafrechtsreform geplanten Bestimmungen über die Heilbehandlung auch auf Heilpraktiker Anwendung finden werden. Das geht schon aus der Fassung des § 167 hervor. Vgl. auch "Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission" 7.Bd., S.196, wo auf diese Tatsache ausdrücklich hingewiesen ist.

Von dieser Definition ist auch die Große Strafrechtskommission ausgegangen¹⁾.

Auf eine terminologische Unterscheidung sei noch hingewiesen, die das Schrifttum und auch die oben wiedergegebene Entwurfbestimmung über die Heilbehandlung zwischen Eingriff und Behandlung treffen. Diese Unterscheidung beruht auf dem Umstand, daß früher die sachliche Übereinstimmung beider Begriffe geleugnet wurde. Die Anwendung des Begriffes "Behandlung" auf rein internistische Methoden läßt sich in der Praxis im Sinne einer reinlichen Scheidung nicht mehr durchführen. Die Bildung eines konstruktiven Unterschiedes ist daher heute sachlich nicht mehr begründet²⁾. Es zeigt sich hier wieder, daß Entwicklungen, die außerhalb des rechtlichen Bereichs liegen, die juristische Begriffsbildung stark beeinflussen können.

§ 3

Der Begriff des ärztlichen Kunstfehlers.

I. Vorbemerkung.

In der Einleitung ist bereits darauf hingewiesen worden, daß die Frage der rechtlichen Gleichwertigkeit verschiedener Therapien in der Medizin deshalb von so weittragender Bedeutung ist, weil die "anerkannte Regel" der medizinischen Wissenschaft den Maßstab für kunstgerechtes Vorgehen bilden soll.

1) vgl. "Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 7.Bd., S.192.

2) vgl. Göbbels, a.a.O., S.7 f. Denn fast jede internistische Behandlung ist heute mit einem Eingriff im obigen Sinn verbunden.

Dieser objektive Maßstab kehrt in allen Kunstfehlerdefinitionen wieder - wenn auch unter verschiedenen Bezeichnungen -, so daß von der Begriffsbestimmung des Kunstfehlers auszugehen ist.

II. Der Begriff des ärztlichen Kunstfehlers in der Literatur.

Schon König¹⁾ hat darauf hingewiesen, daß es einen einheitlichen Begriff Kunstfehler nicht gibt. Nicht nur im medizinischen, sondern auch im juristischen Schrifttum bestehen noch immer die unterschiedlichsten Auffassungen, so daß der Begriff vieldeutig ist²⁾. Die Skala der Begriffe reicht dabei von einem Kunstfehler, der nur die Benennung für ein medizinisch fehlerhaftes Verhalten darstelle³⁾ bis zu der Ansicht, daß zum Begriff des Kunstfehlers auch Verschulden gehöre⁴⁾.

Die geschichtliche Betrachtung kann keine Klärung herbeiführen⁵⁾, da weder das römische noch das deutsche Recht einen eigentlichen Begriff des Kunstfehlers kennen⁶⁾. Nach König entstand die heutige

1) König-Köstlin, Haftpflicht des Arztes, S.43 ff.

2) Engisch, Fehler und Gefahren, S.1538.

3) Eberhard Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.138, in Ponsold, S.45 f.; Bohne, S.62; Müller-Hess, Dt.Z.f:Ger.Med. Bd.42,1953,S.349.

4) So etwa Liertz-Pfaffrath,S.263 ff.,insbes.S.268.

5) Vgl.König-Köstlin,S.44.

6) In der "Peinlichen Halsgerichtsordnung" Karls V. aus dem Jahre 1532 besteht allerdings ein Artikel 134, in dem von der Bestrafung eines Arztes, der aus "Unfleiß oder Unkunst" und doch unvorsätzlich jemand mit seiner Arznei tötet, die Rede ist.Die Beurteilung wird von einem "Rat der Verständigen" abhängig gemacht (vgl.Müller-Hess,a.a.O.,König-Köstlin, a.a.O.)

Wortform im 17./18.Jahrhundert, gewann an Bedeutung jedoch erst mit der fortschreitenden Entwicklung der Medizin, insbesondere der Chirurgie im 19.Jahrhundert.

Aus dieser Zeit stammt auch die Begriffsbestimmung von Virchow¹⁾, der den Kunstfehler definiert hat als "einen Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Heilkunst infolge eines Mangels an gehöriger Aufmerksamkeit oder Vorsicht". Neben dem Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln hat Virchow also auch ein Verschulden zum Begriffsmerkmal gemacht.

Haberland²⁾ dagegen scheidet die subjektive Seite von dem Begriff des Kunstfehlers, verlangt andererseits aber, daß der Arzt schon dann haften müsse, wenn eine "falsche Maßnahme" vorliege; Fahrlässigkeit sei gar nicht notwendig. Diese Auffassung liefe auf eine reine Gefährdungshaftung hinaus, wie sie etwa für Eisenbahnen, Kraft- und Luftfahrzeuge besteht. Sie hat daher scharfen Widerspruch gefunden³⁾.

1) Virchow in Ges.Abh.aus dem Gebiet der öff.Medizin, S.514 ff.(II, 1879); König-Köstlin,a.a.O.; Müller-Hess,a.a.O.; Böhne, a.a.O.,S.60; Liertz-Pfaffrath, a.a.O.

2) JW 1932,S.3304 "Ärztlicher Kunstfehler".

3) Straßmann ebenda u.Ebermayer, S.3305: "Strafrechtlich würde die Ausdehnung der Haftung dem immer mehr sich durchsetzenden Satze: "Keine Strafe ohne Schuld" geradezu ins Gesicht schlagen". Gegen die Ansicht Haberlands auch Warneyer in "Der Chirurg" 1933,S.290 ff. Neuerdings bedauert Perret in Helvetia Chirurgica Acta 1954,S.231 die Tendenz, vom Verschuldensprinzip abzuweichen.

Ebermayer¹⁾ geht von einem streng objektiven Kunstfehlerbegriff aus und sieht darin ein Handeln gegen die Regeln der ärztlichen Wissenschaft und Kunst.

Liertz-Pfaffrath²⁾ bestimmen den Kunstfehler als "schuldhafte Nichtbeachtung von hinreichend gefestigten Ergebnissen der ärztlichen Wissenschaft und Erfahrungen der ärztlichen Praxis".

König³⁾ wendet gegen alle Begriffsbestimmungen ein, daß es allgemein anerkannte Regeln der ärztlichen Wissenschaft mit Rücksicht auf den ständigen Wandel der Anschauungen überhaupt nicht gibt. Er schlägt deshalb vor, den Begriff des Kunstfehlers ganz fallen zu lassen und besser von einer "Verletzung der ärztlichen Sorgfaltspflicht" zu sprechen. Daß damit das Problem, einen objektiven Maßstab zu finden, nicht gelöst werden kann, wird noch ausgeführt werden. Die Auffassung von König ist daher sowohl von juristischer⁴⁾ wie von medizinischer⁵⁾ Seite abgelehnt worden.

Eberhard Schmidt⁶⁾ wendet den Ausdruck Kunstfehler auf alle Unrichtigkeiten an, die den Maßnahmen des

-
- 1) Arzt im Recht, S.89 u. JW 1932, S.3305, anders noch in "Arzt und Patient in der Rechtsprechung", S.90.
 - 2) a.a.O., S.264
 - 3) König-Köstlin, S.16; vgl. auch König in JW 1938, S.346, wo er seine Auffassung an Hand der umstrittenen Serumtherapie bei Diphtherie begründet.
 - 4) Liertz-Pfaffrath, a.a.O.
 - 5) Böhme im "Handwörterbuch der gerichtlichen Medizin und naturwissenschaftlichen Kriminalistik", S.17 mit dem Hinweis darauf, daß es doch eine Menge anerkannter Regeln gebe.
 - 6) Der Arzt im Strafrecht, S.136 ff.

Arztes irgendwie anhaften. Der Ausdruck Kunstfehler wird also bei Schmidt im weitesten Sinne verwendet. Er betont mit größtem Nachdruck¹⁾, daß Kunstfehler in dem von ihm gebrauchten Sinn "kein juristisches Werturteil, sondern lediglich die Bezeichnung für einen Sachverhalt sei." Es handle sich also nur um die Feststellung, daß in einem bestimmten Einzelfall etwas medizinisch Fehlerhaftes geschehen sei. Die Feststellung der Fehlerhaftigkeit sei daher nur eine Vorfrage für jede strafrechtliche Subsumtion.

Ein juristisches Werturteil ist daher nach Eberhard Schmidt mit der Feststellung eines Kunstfehlers noch nicht zum Ausdruck gebracht²⁾. Ob eine strafrechtliche Haftung eintritt, hängt vielmehr davon ab, ob das fehlerhafte Verhalten des Arztes einen gesetzlichen Straftatbestand in schuldhafter Weise erfüllt. Diese Meinung wird heute im Schrifttum überwiegend vertreten³⁾.

Eb.Schmidt und Engisch machen allerdings darauf aufmerksam, daß es zu eng sei, von Kunstfehlern nur bei Verletzung von in der Wissenschaft allgemein anerkannten Regeln zu sprechen;⁴⁾ die an Virchow anknüpfende

1) a.a.O., S.138

2) vgl.auch Eb.Schmidt in Ponsold, S.45

3) so Böhne, a.a.O., S.62; Mezger, Zt.f.ger.Med.S.365 ff., der allerdings darauf hinweist, daß die Feststellung eines Kunstfehlers rechtlich nicht bedeutungslos sei, mit ihr vielmehr der objektive Charakter des Heileingriffs entfalle. Im Ergebnis auch Engisch, Fehler und Gefahren, S.1538 f., der den Kunstfehler als "objektive Voraussetzung des Verschuldens" bezeichnet. Diesen objektiven Kunstfehlerbegriff vertritt Engisch auch in Langenbecks Archiv, Bd.273, 1952, S.433.

4) Engisch, a.a.O.; Eb.Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S.138.

Auffassung, die Bohne in diesem Punkt noch heute teilt, wird von ihnen also abgelehnt. Diese Ansicht beruht auf der richtigen Erkenntnis, daß es in der medizinischen Wissenschaft nur wenig allgemein anerkannte Regeln gibt. Daß es sich dabei im Endergebnis der rechtlichen Beurteilung nur um terminologische Abweichungen handelt, wird noch zu zeigen sein.

III. Der Begriff des ärztlichen Kunstfehlers in der Rechtsprechung.

Ausgehend von der Auffassung, daß Kunstfehler einen Verstoß gegen allgemein anerkannte ärztliche Regeln bedeutet, hat das Reichsgericht¹⁾ ausgeführt, daß es ein Verschulden auch ohne Kunstfehler gebe. Es sagt dazu wörtlich: "Ein Verschulden im Sinne des § 276 BGB²⁾ kann auch gegeben sein, wenn kein ärztlicher Kunstfehler, d.h. keine Verletzung bestimmter, in der Wissenschaft allgemein anerkannter Regeln vorliegt". Ausdrücklich weist das Reichsgericht dazu in den Gründen darauf hin, daß der wiedergegebene Grundsatz um so mehr Beachtung verdiene, wenn aus dem Sachverhalt hervorgehe, daß es sich nicht um Regeln handle, die in der Wissenschaft allgemein anerkannt seien, sondern daß die Ansichten der Fachkreise zum mindesten auseinandergingen. Diese Rechtsprechung gewinnt bei den Obergerichten immer mehr Boden und wird auch

1) JW 1935, S. 115 unter Bezugnahme auf RG in HRR 1931, Nr. 1748; auch RG in Warneyer 1941, S. 29; vgl. auch Hübner-Drost, S. 194.

2) Da für die Beurteilung ärztlichen Verhaltens in objektiver Sicht sowohl im Straf- wie im Zivilrecht dieselben Grundsätze gelten, können im Rahmen der vorliegenden Arbeit auch Entscheidungen herangezogen werden, die in Zivilsachen ergangen sind.

vom Bundesgerichtshof fortgesetzt¹⁾. Der BGH nimmt in seinen Entscheidungen ausdrücklich auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung Bezug. Engisch²⁾ bedauert diese Auffassung und bezeichnet sie mit Recht als eine "verhängnisvolle Begriffsentwicklung". Der vom Reichsgericht³⁾ geprägte Satz: "Nicht jeder Kunstfehler ist ein Verschulden und nicht jedes Verschulden ist ein Kunstfehler" erscheint in seinem ersten Teil nach dem im Schrifttum entwickelten und herrschenden objektiven Kunstfehlerbegriff selbstverständlich; die Entgegensetzung, daß nicht jedes Verschulden ein Kunstfehler sei, hat, worauf Eb.Schmidt⁴⁾ mit Recht hinweist, "nur dann einen Sinn, wenn man, wie Bohne und der III.Zivilsenat des Reichsgerichts dies tun, innerhalb fehlerhaften ärztlichen Verhaltens zwischen Kunstfehlern einerseits und nicht als solchen anzusehenden Fehlerhaftigkeiten andererseits unterscheidet"⁵⁾. Eine juristische Erkenntnis werde damit nicht gewonnen, und die wiedergegebene Entgegensetzung erweise sich somit als rein dialektisches Blendwerk ohne juristischen Erkenntnisgehalt.

1) vgl. BGHZ 8, S.138 ff., VersR, 1955, S.721 ff., VersR, 1956, S.224 ff., 714 ff. Hübner-Drost, S.198; OLG Hamm, MDR 1954, S.166 u. VersR, 1955, S.235 f.; OLG Karlsruhe in VersR., 1955, S.88; KG in VersR, 1956, S.323 f.

2) Fehler und Gefahren, S.1539

3) Im U. des III.Ziv.Senats vom 12.5.1931, HRR 1931, Nr.1748. Kunstfehler und Fahrlässigkeit sind danach zwei überschneidende Begriffe. So auch Bohne, DMW 1936, S.1763 ff. u. Forensische Zahnheilkunde, S.61; Hübner-Warneyer, S.171.

4) Eb.Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S.140

5) vgl. Engisch, Fehler u. Gefahren, S.1539.

IV. Zusammenfassung.

Gemeinsam ist den wiedergegebenen Begriffsbestimmungen in Literatur und Rechtsprechung, daß sie etwas medizinisch Unrichtiges als Kunstfehler ansehen¹⁾, wobei der Maßstab für richtiges ärztliches Verhalten als Regel bezeichnet wird. Die in der Literatur heute überwiegende Meinung hält die allgemein anerkannte Regel für einen zu engen Maßstab. Schon um die verhängnisvolle Begriffsentwicklung in der Rechtsprechung²⁾ und in der Literatur³⁾ aufzuhalten, empfiehlt es sich daher, nicht mehr die allgemein anerkannte Regel zum Ausgangspunkt zu machen, sondern bloß den Begriff Regel in die Kunstfehlerdefinition aufzunehmen. Der unbestreitbare Umstand, daß es in der Tat wenig allgemein anerkannte Regeln gibt, wäre dann für die Rechtsprechung kein Grund mehr, bei der Beurteilung ärztlichen Verhaltens die Frage des Verschuldens zu prüfen, ohne vorher die objektive Voraussetzung "Kunstfehler" bejaht zu haben. In die Bestimmung des § 368 e RVO hat der Gesetzgeber deshalb wohl auch nur die Formulierung aufgenommen, daß der Versicherte auf die ärztliche Versorgung Anspruch hat, die zur Heilung oder Linderung nach den Regeln der ärztlichen Kunst zweckmäßig und ausreichend ist. Dies ist übrigens die einzige gesetzliche Bestimmung, in der sich heute der Begriff "Regel der ärztlichen Kunst" findet.

1) Medizinisch fehlerhaft ist ein ärztlicher Eingriff auch bei Fehlen der Indikation, so daß hier dieselbe rechtliche Beurteilung erfolgt wie beim nicht kunstgerechten, wenn auch indizierten Eingriff. Vgl. Engisch, Fehler und Gefahren, S. 1538.

2) BGHZ 8, S. 138 ff.

3) Bohne, a.a.O., S. 61, DMW 1936, S. 1763 ff.

Bei den Reformarbeiten am Strafgesetzbuch ist man auch in terminologischer Beziehung andere Wege gegangen. Hier werden, wie in der Einleitung zitiert, "die Erfahrungen der Heilkunde und die Grundsätze eines gewissenhaften Arztes" als Maßstab für kunstgerechtes Vorgehen erwähnt. Die amtliche Begründung zu § 167 liegt noch nicht vor, jedoch ist aus den "Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission"¹⁾ zu entnehmen, daß mit diesem Maßstab nicht nur die technischen Regeln gemeint sind, sondern auch der Gesichtspunkt der ärztlichen Ethik in die strafrechtliche Beurteilung mit einbezogen werden soll. In der amtlichen Begründung zu § 263 des Entwurfs aus dem Jahre 1927, der inhaltlich, soweit es hier interessiert, dem jetzigen § 167 entspricht, heißt es:

"Den Maßstab, nach dem sich die Zulässigkeit des Eingriffs oder der Behandlung beurteilt, bildet die Übung eines gewissenhaften Arztes. Der Eingriff oder die Behandlung muß somit nicht nur nach den Regeln der ärztlichen Wissenschaft angezeigt sein und kunstgemäß ausgeführt werden, sondern auch vom Standpunkt der ärztlichen Ethik aus statthaft erscheinen".

Die Deutsche Gesellschaft für Psychiatrie und Nervenheilkunde hat in ihrer Stellungnahme zur strafrechtlichen Behandlung des ärztlichen Eingriffs²⁾ diesen Gesichtspunkt besonders betont, indem sie ausgeführt hat, ein ärztlicher Eingriff werde auch bei kunstgerechter technischer Durchführung zu einer Körperverletzung, wenn dabei gegen die ärztliche Ethik verstoßen werde. So auch das überwiegende

1) 7.Bd., S.189 ff.

2) Gutachten und Stellungnahmen zu Fragen der Strafrechtsreform mit ärztlichem Einschlag, Bonn, 1958, S.47 ff., bes. S.52.

Schrifttum¹⁾. Die Frage nach dem richtigen ärztlichen Verhalten ist also nicht nur eine rein technische²⁾. Die normative Frage danach, wieweit die Vornahme eines ärztlichen Eingriffs oder die Art seiner Durchführung in medizinischer und rechtlicher Beziehung "erforderliche Sorgfalt" ist, gehört nicht zur Beurteilung des Kunstfehlers, ist vielmehr eine Frage, die erst bei der Schuldprüfung zu untersuchen ist³⁾.

Die vorliegende Untersuchung geht von einem streng objektiven Kunstfehlerbegriff aus und versteht unter Kunstfehler jeden dem Arzt bei der Krankenbehandlung unterlaufenden Fehler. Den Maßstab bilden dabei die Regeln der ärztlichen Wissenschaft bzw. die Übung eines gewissenhaften Arztes.

1) Vgl. Böhne, Forensische Zahnheilkunde, S.63, RGSt 74,92; Neuffer in der Reihe "Therapie und Praxis", Heft 1, S. 1 ff.; Mezger, Dt.Z.f.ger. Med.Bd.42, 1953, S.366 ff., bes. 373; Schönke-Schröder, § 223,V,4 .

2) Soweit in Übereinstimmung mit Engisch, Fehler und Gefahren, S.1540.

3) Eb.Schmidt in Ponaold, S.56; a.M. Engisch, a.a.O. und Langenbecks Archiv Bd.273, 1952, S.436. Eine bloße terminologische Frage ist das nicht, vielmehr eine dogmatische. Soweit Engisch allerdings damit zum Ausdruck bringen will, daß er bei der Beurteilung des Kunstfehlers die konkreten Umstände des Einzelfalles berücksichtigt haben will, besteht hier Übereinstimmung. Vgl. unten im Text § 5. Würde man das normative Element "erforderliche Sorgfalt" mit in den objektiven Kunstfehlerbegriff einbeziehen, wäre mit der Feststellung eines Kunstfehlers schon ein jur.Werturteil verbunden. Das soll gerade vermieden werden.

§ 4

Rechtliche Bedeutung der Feststellung eines
Kunstfehlers.

Die hier vertretene Auffassung gibt dem Kunstfehler nur die Bedeutung einer Feststellung medizinisch unrichtigen Verhaltens. Welche Schwierigkeiten bei der Feststellung selbst, was ein Kunstfehler ist, auftauchen, wird noch aufzuzeigen sein. Die Problematik des Themas beruht auf diesen Schwierigkeiten.

"Kunstfehler" ist also lediglich die Benennung für einen Sachverhalt¹⁾, ohne daß damit ein juristisches Werturteil zum Ausdruck gebracht wird²⁾. Ob strafrechtlich für einen Kunstfehler zu haften ist, hängt vielmehr davon ab, ob "das fehlerhafte Verhalten des Arztes einen gesetzlichen Straftatbestand in schuldhafter Weise erfüllt"³⁾. In Betracht kommen naturgemäß nur die Tatbestände der Körperverletzung, § 223 StGB und der Tötung, § 222 StGB. Es ist keineswegs immer der Fall, daß ein fehlerhaftes ärztliches Verhalten als ein rechtswidriges einen bestimmten Straftatbestand erfüllt⁴⁾. Mit Recht weist Eb.Schmidt darauf hin, daß ein fehlerhaftes Verhalten ohne jede

1) Eb.Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S.138

2) Ders. in Ponsold, S.45; Bohne, a.a.O., S.61 f.; Müller-Hess, Dt.Z.f.ger.Med., Bd.42, S.350 (1953); Mezger, ebenda, S.365 ff.; Engisch, Fehler und Gefahren, S.1542.

3) Eb.Schmidt in Ponsold, S.45 f. Bedenklich daher RG JW, 1938, S.2203. Aus der Abweichung von ärztlich allgemein anerkannten Regeln soll sich sofort ein Verschulden ergeben. Das ist, wie dargestellt, nicht richtig. Es läßt sich höchstens ein objektiv vorliegender Kunstfehler feststellen.

4) Beling, ZStW Bd.44, 1924, S.242.

Folge bleiben und demgemäß strafrechtlich völlig unerheblich sein könne. Dennoch bleibe der Kunstfehler bestehen, nur könne eben der Sachverhalt der Justiz keinen Anlaß geben, die Frage zu untersuchen, ob der Arzt wegen fahrlässiger Körperverletzung oder fahrlässiger Tötung zu bestrafen sei¹⁾.

Juristisch bedeutungslos ist allerdings die Feststellung eines Kunstfehlers nicht, denn mit ihr entfällt der objektive Charakter des Heileingriffs, d.h. "das Verhalten des Arztes verwirklicht nunmehr den objektiven Tatbestand der Körperverletzung und der Tötung, falls eine dieser Folgen eintritt²⁾".

Die Feststellung eines Kunstfehlers ist also die objektive Voraussetzung für die Prüfung, ob ein Ursachenzusammenhang zwischen dem Handeln des Arztes und der Schädigung des Patienten besteht³⁾ und ob den Arzt ein Verschulden trifft. "Da Kunstfehler als Tatsachenfeststellung und Fahrlässigkeit als Bestandteil des Werturteils "strafbare Handlung" auf ganz verschiedenen Denkebenen liegen, gewinnt man auch durchaus nichts mit der Auffassung, daß Kunstfehler und Fahrlässigkeit zwei sich überschneidende Begriffe seien." ⁴⁾

§ 5

Abstrakte oder konkrete Betrachtungsweise.

Fraglich ist, ob die als Maßstab für ärztliches Verhalten in Betracht kommende Regel generell und ab-

1) Eb.Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S.139 f., Mo.Schr.f.Krim.Biol.Bd.33, 1942,S.85; Bohne, Forensische Zahnheilkunde, S.61.

2) Bohne, a.a.O.,S.62

3) Engisch, Fehler und Gefahren, S.1543.

4) Eb.Schmidt, a.a.O. Vgl. oben § 3,III.

strakt festzustellen ist oder ob dabei auch die konkrete Situation und gewisse persönliche Verhältnisse des Arztes von Bedeutung sind. Der Begriff "Regel" deutet zunächst auf eine rein abstrakte Beurteilung hin, denn das Wesen der Regel ist ja ihre Allgemeingültigkeit¹⁾. Dem ist aber nicht so. Für die Praxis wäre eine rein abstrakte Beurteilung schon deshalb nicht empfehlenswert, weil die Gerichte dabei Gefahr liefen, "richtige" Behandlungsweisen generell zu verordnen²⁾. Es macht naturgemäß einen großen Unterschied aus, ob es sich um die Beurteilung ärztlicher Maßnahmen in einem mit allen modernen Hilfsmitteln ausgestatteten Krankenhaus handelt, oder ob das Verhalten eines praktischen Arztes auf dem Lande zur Prüfung ansteht, der oft ohne moderne medizinische Hilfsmittel schnelle Entscheidungen treffen muß. Ferner kann die Beurteilung nicht daran vorbeigehen, ob ein praktischer Arzt oder ein Spezialist auf dem betreffenden Gebiet gehandelt hat³⁾.

1) Vgl. Mezger, Dt.Z.f.Ger.Med.Bd.42, 1953,S.72.

2) Eb.Schmidt in Ponsold,S.50 ff., Arzt im Strafrecht, S.144.

3) So das überwiegende Schrifttum.

Eb.Schmidt in Ponsold, S.52 ff.; Engisch, Fehler und Gefahren,S.1539 und in Langenbecks Archiv Bd.273, 1952,S.433: "Wenn aber gesagt wurde,daß der Kunstfehler etwas Objektives ist, so ist doch nicht gemeint, daß er etwas Abstraktes ist. Vielmehr ist die ganze konkrete Situation zu berücksichtigen, in die der Chirurg hineingestellt ist". Böhne, Forensische Zahnheilkunde, S.67 f.; Mezger, a.a.O.
Anders Liertz-Pfaffrath, S.273, die die konkreten Umstände des Falles erst bei der Schuldprüfung berücksichtigen wollen. Zu der hier vertretenen Auffassung besteht sachlich deshalb kein so großer Unterschied, weil Liertz-Pfaffrath - ebenso wie Virchow es vorgeschlagen hat - das Verschulden schon in den Begriff des Kunstfehlers einbeziehen. Vgl. § 3,II oben. Wie Liertz-Pfaffrath auch König-Köstlin, S.47 ff.

Bei der Beurteilung ärztlicher Maßnahmen ist also stets die ganze Situation zu berücksichtigen, "in der das konkrete Arzt-Patientverhältnis" Wirklichkeit geworden ist"¹⁾.

Wenn die Frage nach dem Kunstfehler zunächst auch nur die Frage nach medizinisch fehlerhaftem Verhalten ist, die mit Verschulden also noch nichts zu tun hat, so hat die Betrachtung doch immer die Umstände des konkreten Falles zu berücksichtigen.

Eb.Schmidt hat das treffend bezeichnet, indem er empfiehlt, einen Fall "auch im Hinblick auf seine soziologische Seite" hin richtig zu erfassen²⁾.

Demgemäß begnügt sich das Reichsgericht auch nicht mit der bloßen Feststellung, daß ein Arzt einen Kunstfehler begangen habe, sondern verlangt vielmehr in jedem Fall eine genaue Feststellung, worin jedesmal der Verstoß zu sehen sei, ob in einem Tun oder einem Unterlassen des Arztes; dies ist deshalb wichtig, weil die strafrechtliche Beurteilung eine andere ist, je nach dem, ob eine ganz bestimmte Maßnahme falsch oder ob eine richtige Maßnahme unterblieben ist³⁾. Mit Recht hat das Reichsgericht⁴⁾ einmal gesagt, "daß auch der geschickteste Arzt nicht mit der Sicherheit einer Maschine arbeitet, daß trotz aller Fähigkeit und Sorgfalt des Operators ein Griff, ein Schnitt oder Stich mißlingen kann, der

1) Eb.Schmidt in Ponsold, S.50 ff.

2) Ders. a.a.O.

3) Vgl. Eb.Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.141 und die dort in Anm.10 angegebene RG-Entscheidung v.17.5.1935 und in Ponsold, S.54, wo die Bedeutung des Unterschieds zwischen der Vornahme positiv falscher Maßnahmen und der Unterlassung notwendiger Maßnahmen näher ausgeführt wird. Auf diesen Fragenkreis kann hier nicht näher eingegangen werden.

4) RGZ 78,432 ff., bes.434.

regelmäßig auch dem betreffenden Arzt selbst gelingt¹⁾“.

Die konkrete Betrachtungsweise führt auch nicht zu der oben abgelehnten Subjektivierung des Kunstfehlers und damit zu einer Verwischung der Grenzen zwischen der Feststellung medizinisch fehlerhaften Verhaltens und der Prüfung des Verschuldens. Nur werden eben gewisse konkrete Umstände des zu beurteilenden Falles schon bei der Prüfung der Vorfrage, ob ein Kunstfehler vorliegt, berücksichtigt. Damit sind die Bedenken von König²⁾ zerstreut, daß nämlich keine objektiven Maßstäbe zu gewinnen seien, weil die Situation, aus der heraus die Beurteilung zu erfolgen habe, sich nicht objektiv festlegen lasse. So sehr also der Unterschied zwischen dem Begriff des Kunstfehlers und der Frage des Verschuldens betont wurde³⁾, die Frage des pflichtgemäßen Verhaltens des Handelnden läßt sich nicht völlig von der Feststellung des Kunstfehlers trennen⁴⁾. "Der tiefere Grund dieser inneren Verbindung beider Fragen liegt darin, daß 'die Regeln der ärztlichen Kunst' nichts Starres und Totes sind, sondern selbst wieder auf das in concreto 'pflichtmäßige Verhalten' des Arztes Bezug nehmen"⁵⁾. Daß die gesamte Beur-

1) König-Köstlin, a.a.O., S.54.

2) König-Köstlin, a.a.O., S.45.

3) Vgl. Mezger, Dt. Z. f. Ger. Med. Bd. 42, 1953, S. 372 f.

4) Wenn Englisch, Fehler und Gefahren, S. 1540 und Langenbecks Archiv, Bd. 273, 1952, S. 436, mit dem Begriff "erforderliche Sorgfalt" diese konkrete Betrachtungsweise im Auge hat, besteht hier Übereinstimmung. Um terminologisch bedingte Verwechslungen zu vermeiden, sollte der Begriff "erforderliche Sorgfalt" besser nur im Rahmen der Schuldprüfung verwendet werden. So RGSt 67, 12 ff.; Eb. Schmidt in Ponsold, S. 52.

5) Mezger, a.a.O.

teilung ex ante zu erfolgen hat, darf hier als bekannt vorausgesetzt werden¹⁾. Denn die medizinische Wissenschaft und damit die Regeln der ärztlichen Kunst entwickeln sich. Der Prüfung ärztlichen Verhaltens muß daher stets der Zeitpunkt des Eingriffs zugrunde gelegt werden. Hier zeigt sich der Einfluß der immer fortschreitenden Methoden in der Medizin, und die Einsicht, daß die Regeln nichts Starres sind, hat hier schon Konsequenzen gezeitigt. Welche Probleme beim Nebeneinander, nicht beim Nacheinander der Methoden entstehen, soll die vorliegende Arbeit untersuchen²⁾.

§ 6

Die Frage nach dem Maßstab

Ob bei der strafrechtlichen Würdigung ärztlichen Verhaltens von einem objektiven Kunstfehlerbegriff ausgegangen wird, der nur Benennung für einen Sachverhalt ist, von einem gemischt objektiv-subjektiven oder schließlich von dem Begriff der "erforderlichen Sorgfalt", stets wird ein Sachverhalt oder ein Ver-

-
- 1) So die h.M. in Schrifttum und Rechtsprechung. Vgl.Engisch, Fehler und Gefahren, S.1539 mit neuerer Rechtsprechung, Langenbecks Archiv, Bd.273, 1952, S.433 f., ZStW 58, S.9 ff., Mo.f. Krim.Biol.1939, S.414 f. König-Köstlin, a.a.O., S.50 f. Schönke-Schröder, § 223, V 4; Eb.Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.74; Mezger a.a.O., S.367; Bohne, Forensische Zahnheilkunde, S.63.
 - 2) Engisch weist in Mo.Schr.f.Krim.Biol., 1939, S.428 in diesem Zusammenhang auf den Fall hin, in dem trotz ex ante fehlerhaften Verhaltens der Ausgang glücklich ist. Hier soll der Arzt straflos ausgehen, was logisch nicht zu rechtfertigen sei. "Es handelt sich um einen Einbruch des irrationalen Rechtsbewußtseins in unsere scheinbar logisch sauber zu bewältigende Materie".

halten an einem bestimmten Maßstab gemessen. Diesen bildet die Regel der ärztlichen Wissenschaft, die Übung eines gewissenhaften Arztes oder die erforderliche Sorgfalt. Der Maßstab dient also zunächst entweder zur rein objektiven Feststellung, ob in einem bestimmten Fall positiv etwas medizinisch Fehlerhaftes geschehen bezw. inwieweit die Unterlassung einer gebotenen Maßnahme Verletzung der Rechtspflicht, eine technisch richtige Behandlung vorzunehmen¹⁾ oder der sogenannten "Erfolgsabwendungspflicht" ist²⁾. Schließlich dient der Maßstab als Richtschnur für die Ermittlung des Voraussichtsgebots innerhalb der Schuldprüfung³⁾.

Ohne Rücksicht auf die dogmatische Zuordnung braucht der Richter also Maßstäbe, mit denen er ärztliches Verhalten beurteilen kann. Nach der hier vertretenen Auffassung in erster Linie zur Entscheidung der Vorfrage, ob ein Kunstfehler vorliegt. Bei Bejahung dieser Frage dienen im Rahmen der nachfolgenden Schuldprüfung trotz des im Strafrecht herrschenden subjektiven Maßstabs der Fahrlässigkeitsbeurteilung auch objektive Gesichtspunkte als eine wesentliche Richtschnur⁴⁾. Wenn im Rahmen dieser Arbeit auf den komplizierten Fahrlässigkeitsbegriff auch nicht näher eingegangen werden kann, so ist wenigstens festzuhalten, daß das Reichsgericht in der erwähnten Entschei-

1) Vgl. Engisch, Fehler und Gefahren, S.1538,1540 f.

2) Eb.Schmidt in Ponsold, S.54 f.

3) Ders. a.a.O.; RGSt 67,12 ff., bes.S.18 f.

4) Engisch, a.a.O.,S.1544 ff.; Liertz-Pfaffrath, S.273; Eb.Schmidt in Ponsold,S.56 f.; König-Köstlin, a.a.O.,S.47 ff.; grundlegend RGSt 67, 12 ff. Im Zivilrecht gilt ein rein objektiver, abstrakter Maßstab (§ 276 BGB). Maßgebend ist also das Verhalten eines hypothetischen gewissenhaften Durchschnittsarztes, vgl. König-Köstlin, a.a.O.,S.47 ff., bes.53; Engisch a.a.O. und die überwiegende Meinung im Schrifttum u.in der Rspr. des RG und BGH.

dung (RGSt 67,12) bei der Prüfung der Außerachtlassung der Sorgfalt die objektiven Umstände und die persönlichen Kenntnisse und Fähigkeiten zugrunde legt¹⁾. Die Lehren, Grundsätze und Erfahrungen der medizinischen Wissenschaft sagen dem Arzt, was er zu tun oder zu lassen hat. Der subjektive Maßstab wird dabei nicht aufgegeben, da die persönlichen Verhältnisse des Handelnden ebenfalls in Betracht gezogen werden²⁾.

Schließlich bedarf der Jurist auch des Maßstabs ohne Rücksicht auf die Rechtsnatur des ärztlichen Eingriffs. Ob nämlich - wie im Schrifttum - die Heilbehandlung aus dem Bereich der Körperverletzung ausgeklammert wird oder darin eine zwar tatbestandsmäßige, jedoch durch Einwilligung zu rechtfertigende Handlung gesehen wird, beide Betrachtungsweisen gehen vom sachgemäßen Eingriff aus³⁾. Sobald ein Eingriff auch nur objektiv die Regeln der ärztlichen Kunst verletzt, prüft auch das Schrifttum die Frage der Körperverletzung⁴⁾.

1) Ausführlicher dazu Eb.Schmidt in Ponsold, S.56 ff.; Prokop, Homöopathie und Wissenschaft, S.191.

2) So auch der BGH in BGHSt 3, S.91 ff., wo zugleich die Grenzen des subjektiven Maßstabs aufgezeigt werden. Der BGH schränkt nämlich die Berücksichtigung der konkreten Umstände und persönlichen Verhältnisse dahin ein, daß die Berufung auf mangelnde Kenntnisse und Fähigkeiten nicht ohne weiteres entschuldigen könne. Zur sog. Übernahmefahrlässigkeit vgl. RGSt 50, 37, 45, 259, 355; Bd.64, S.271; Bd.67, S.20. Leipz.Komm. §222 IV.

3) Vgl. die Ausführungen dazu oben und Bohne, Forensische Zahnheilkunde, S.62; Leipz.Komm. § 223 III, Nr.2; Schönke-Schröder V.

4) Hofacker, Die Heilbehandlung im Strafrecht, schlägt S.25 f. vor, auch die fehlerhafte Heilbehandlung aus dem Bereich des Strafbaren auszuschneiden. Auf diese Weise will er der schwierigen Entscheidung, was fehlerhafte und was kunstgerechte Heilbehandlung sei, aus dem Wege gehen. "Durch die einheit-

Bemerkenswert ist auch noch, daß die Sachgemäßheit des Eingriffs in die Bestimmung des § 167 des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission in erster Lesung¹⁾ aufgenommen ist. Danach sind also ärztliche Eingriffe, die nach Indikation und Durchführung sachgemäß sind (d.h. den Erfahrungen der Heilkunde und den Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes entsprechen), keine tatbestandsmäßigen Körperverletzungen²⁾. Sollte die Bestimmung in der angegebenen oder in einer inhaltlich ähnlichen Fassung Gesetzeskraft erlangen, so ist die Prüfung der Sachgemäßheit eindeutig zur Vorfrage erhoben, die jeder strafrechtlichen Subsumtion vorherzugehen hat. Wenn nach heutiger Rechtsprechung die Alternative für den Arzt lautet: bloße tatbestandsmäßige Körperverletzung - strafbare Körperverletzung, so wird sie in Zukunft lauten: strafrechtsneutrale Heilbehandlung - strafbare Körperverletzung. Darin liegt eine gewisse Verschärfung, die für die Ärzteschaft aber im Ergebnis weniger diskriminierend als die herrschende Auffassung³⁾ ist. Im übrigen entspricht die Alternative der lege ferenda der Auffassung des Schrifttums. Aus den Reformarbeiten geht also hervor, daß die Rechts-

liche Beurteilung der Heilbehandlungen wird den meisten von der Wissenschaft und Praxis bereiteten Schwierigkeiten der Boden entzogen und die strafrechtliche Beurteilung der Heilbehandlung durchgreifend geklärt". Ein zu weitgehender Standpunkt!

- 1) Zusammengestellt u. überarbeitet vom Bundesministerium der Justiz, Bonn 1959. Vgl. oben § 1.
- 2) Die überwiegende Auffassung in der Literatur hat hier also Billigung gefunden.
- 3) Die Regel bildet ja der kunstgerechte Eingriff, der in Zukunft nicht mehr tatbestandsmäßig sein soll.

natur des fehlerhaften ärztlichen Eingriffs auch in Zukunft keiner anderen Beurteilung unterliegen wird als nach heutiger herrschender Auffassung. Die Frage nach der Sachgemäßheit wird sich also im Bereich der ärztlichen Heilbehandlung immer stellen¹⁾.

Der Jurist sieht sich also der Schwierigkeit gegenüber, vor jeder strafrechtlichen Subsumtion die Frage zu prüfen und zu entscheiden, ob das zu beurteilende ärztliche Verhalten kunstgerecht ist oder nicht. Dabei muß er sich selbstverständlich der Hilfe des Sachverständigen bedienen, da er grundsätzlich nicht selbst über die erforderliche Sachkunde verfügen wird.

Wer aber soll dann, wenn sich die Sachverständigen selbst nicht einig sind, wenn also in der Medizin abweichende oder entgegengesetzte Auffassungen bestehen, die Frage der Sachgemäßheit entscheiden? Soll der Jurist hier Großzügigkeit walten lassen und alle Behandlungsarten als gleichwertig hinnehmen, wenn ja, inwieweit?

Der stete Wandel der Anschauungen in der Medizin hat sich bei der Beurteilung ärztlicher Eingriffe schon dahingehend ausgewirkt, daß die Beurteilung stets ex ante zu erfolgen hat²⁾. Die Frage, wie bei einem gleichzeitigen Nebeneinander³⁾ medizinischer Erkenntnisse und Methoden zu verfahren ist, hat noch keine so deutliche und einhellige Lösung gefunden. Der Versuch einer Klärung muß zunächst den tatsächlichen medizinischen Hintergrund umreißen, ohne den das Problem nicht gesehen werden kann.

-
- 1) Der Lösungsvorschlag von Hofacker, aaO., kann daher nicht verwirklicht werden.
 - 2) Bei einem Nacheinander der Erkenntnisse und Erfahrungen ist die Rechtslage also geklärt.
 - 3) König-Köstlin, aaO., S. 46.

2. T E I L

Gleichwertigkeit der Therapien

§ 7

Der medizinische Hintergrund

I. Vorbemerkung.

Die Untersuchung bezieht sich auf ärztliche Eingriffe im oben vertretenen Sinn, denen eine einwandfreie Diagnose zugrunde liegt. Auf dem diagnostischen Sektor gibt es heute mehr Regeln und gesicherte Grundsätze als auf dem der Behandlung, so daß sich die Frage des Nebeneinander von Methoden in der Regel nur auf therapeutischem Gebiet stellt¹⁾. "Der heutige Arzt kennt und erkennt viele Krankheiten, ohne sie heilen zu können"²⁾. Das ändert nichts an der Tatsache, daß die genaue Kenntnis der Krankheiten und ihre Diagnose nach wie vor den besten Ausgangspunkt für eine gezielte und erfolgreiche Behandlung bilden.

II. Die tatsächlichen Grundlagen.

Für die rechtliche Beurteilung der ärztlichen Behandlung ist, wie in jeder anderen Rechtsfrage, das Studium des "Milieus" mit ausschlaggebend³⁾. Daß der Jurist medizinische Kenntnisse und Erfahrungen in starre Regeln pressen will, erfüllt den Arzt von jeher mit Mißtrauen, zumal ihm schon während seines Studiums und seiner Ausbildung die Erkenntnis mit

1) Vgl. Katsch, Der therapeutische Imperativ des Arztes, S.14 ff.

2) Katsch, aaO., S.15 .

3) König-Köstlin, aaO., S.16 f.

auf den Weg gegeben wird, daß es in der Medizin nur wenige Regeln gibt¹⁾. Dies gilt ganz besonders für das Gebiet der Therapie. Die Heilbehandlung besteht in der "Berührung zweier Menschen" (v.Weizsäcker)²⁾, neben rein medizinischen Unwägbarkeiten spielt daher das persönliche Arzt-Patient-Verhältnis eine entscheidende Rolle. Jores³⁾ spricht von einer magischen Arzt-Patienten-Beziehung, die auf der einen Seite in der Hingabebereitschaft des Patienten und auf der anderen im Glauben des Arztes an die Richtigkeit dessen, was er tut, bestehe. Darauf beruht die eigenartig anmutende Beobachtung, daß dasselbe Medikament und dieselbe Therapie in der Hand verschiedener Ärzte zu ganz verschiedenen Erfolgen führen kann. Behandlungserfolge und Arzneimittelwirkungen lassen sich schon deshalb nur schwer objektivieren⁴⁾. Die moderne Medizin bedient sich daher zur Erfolgsbeurteilung von Medikamenten des sog. Blindversuchs. Dabei werden außer dem wirksamen Medikament völlig indifferente Substanzen gegeben, die nach Aussehen und Beschaffenheit dem Medikament völlig gleichen, ohne daß allerdings der Patient davon weiß. Einer weiteren Ausschaltung nicht objektivierbarer Elemente dient der besonders in den USA verbreitete sog. doppelte Blindversuch, bei dem auch der Arzt nicht weiß, ob er ein wirksames Medikament oder ein sog. Leerpräparat (Placebo) verabreicht hat⁵⁾.

1) Böhme, Handwörterbuch d. ger. Med. u. naturwiss. Kriminalistik, S. 17.

2) Vgl. Katsch, aaO.; Schaetz, MMW, 1934, S. 24 f.: "Dem Arztberuf ist eigen, daß er instinktive Hemmungen gegen juristische Formen mit sich bringt".

3) DMW, 1955, S. 915

4) Martini in "Dokumentation in Medizin und Biologie" Heft 2, 1959, S. 31 ff.

5) Iversen, ÅM, 1956, S. 1021.

Jores¹⁾ teilt nun die dabei erzielten, auch für den Juristen interessanten Ergebnisse mit. So wurde etwa festgestellt, daß 60% aller Menschen mit Kopfschmerzen auf Placebo ansprechen und schon bei 30-40% Schmerzstillung allein durch Kochsalzlösung zu erreichen ist. Welche unberechenbare Suggestivwirkung bei einer erfolgreichen Krankenbehandlung eine Rolle spielt, ist daraus ersichtlich; derartige Einflüsse lassen sich aber nur schwer in Regeln fassen²⁾. Damit soll nicht gesagt sein, daß es immer und bei jeder Erkrankung und ihrer Therapie das suggestive Element und andere Unberechenbarkeiten sind, die in dem persönlichen Arzt-Patient-Verhältnis liegen und eine so große Rolle spielen.

Es gibt freilich eine Anzahl von Arzneimitteln und Therapien, deren Erfolg mit ziemlicher Sicherheit vorausgesagt werden kann. So weist Jores etwa darauf hin, daß bei der, auf klaren pathogenetischen Vorstellungen beruhenden sog. pragmatischen Therapie die Wirkung des entsprechenden Heilmittels so zuverlässig sei, daß der Erfolg mit großer Sicherheit vorausgesagt werden könne. Mißerfolge berechtigten dann schon zu einem Zweifel an der Diagnose. Das Entscheidende an der sog. pragmatischen Therapie ist nun, daß der Erfolg jederzeit bei demselben Krankheitsfall und durch jeden Arzt reproduzierbar ist. Beispiele sind die Perniciosa oder die spezifische Hormontherapie bei Hormonmangel, wie auch die Chemotherapie und die Antibiotika. Da die Wirkung hier objektivier-

1) a.a.O.

2) Es sind ja keine technischen, allenfalls ethische Regeln.

bar ist, kann diese Behandlungsweise als Regel bezeichnet werden¹⁾.

So hat die moderne Medizin also auf Grund umfangreicher vergleichender Untersuchungen festgestellt, daß der Erfolg einer Behandlung in aller Regel²⁾ kein exaktes mathematisches Rechenexempel darstellt, sondern wesentlich vom Vertrauen und Glauben des Arztes und des Patienten und ihrer persönlichen Beziehung zueinander abhängt³⁾.

Nun gibt es nicht nur wenige Regeln, sondern sie wandeln sich auch ständig. Oft gilt heute als Regel, was gestern als verfehlt angesehen wurde und morgen wieder über Bord geworfen wird⁴⁾. Boehm schreibt: "Jeder ältere Arzt wird zugeben, daß das, was er an therapeutischen Methoden als Student gelernt hat, zum großen Teil den heutigen Auffassungen nicht mehr entspricht und daß er sich die Richtlinien für seine Therapie in sorgfältiger eigener Arbeit wie Erfahrung am Krankenbett und in der Sprechstunde erworben hat". Die Lehre der Therapie beschränke sich daher bewußt auf das, was unter diesem Gesichtspunkt als gesichert angesehen werden könne⁵⁾.

-
- 1) Jores bezeichnet die pragmatische Therapie als die einzig "legale" Therapie. Sie benötige keine Beziehung zwischen Arzt und Patient, sondern nur die Fieberkurve und Laboratoriumsdaten. Aus dem doppelten Blindversuch ergebe sich, daß sich in solchen Fällen das seelische Element sogar ausgesprochen störend auswirken müsse. Die unwägbare, mitmenschliche Beziehung scheidet daher ganz aus.
 - 2) Anders bei der eben erwähnten pragmatischen Therapie.
 - 3) Neidhardt, in NJW 1955, S.1097 f. Zu den gestreiften Problemen auch: Katsch, aaO., S.39,75; Boehm, Einführung in die Therapie, S.10 f.; Schellworth, Der medizinische Sachverständige, 1958, S.192 ff.; Jaspers, AM 1953, S.476.
 - 4) Engisch, ZStW Bd.58, 1939, S.30.
 - 5) Vgl. Katsch, aaO., S.15; König-Köstlin, S.15 .

Abgesehen von der Tatsache, daß es nur wenige Regeln gibt und diese stets wandelbar sind, ist jedoch der Umstand entscheidend, daß keineswegs im allgemeinen eine bestimmte Regel, also eine bestimmte Behandlung für eine bestimmte Krankheit besteht¹⁾. Für ein und dieselbe Krankheit stehen im allgemeinen mehrere Therapien zur Verfügung, so daß medizinisch gesehen für ein ärztlich-individualistisches, für jeden Einzelfall individualisierendes Vorgehen ein weiter Spielraum besteht²⁾. "Es gibt kein einzig richtiges therapeutisches Verfahren". Die Empfehlung von Standardmethoden diene mehr der Übersicht. Die Kunst der erfolgreichen Heilbehandlung bestehe auch in der treffsicheren Auswahl des jeweils Richtigen, die vor allem eine intuitive Leistung darstelle³⁾. Wenn auch viel Wissen und Beherrschung von Technik erforderlich ist, so bedeutet eine erfolgreiche Therapie oft mehr eine künstlerische Leistung, sie bedarf einer "glücklichen Hand"⁴⁾. Auch da, wo es

1) König-Köstlin, aaO., S. 67.

2) Schellworth, aaO.

3) Schellworth, aaO.; Katsch, aaO., S. 17, 19. Also wieder ein unberechenbares Element!

4) Katsch, aaO., S. 19. Er weist dabei noch auf die Beobachtung hin, daß selbst ein und derselbe Patient auf eine Arznei morgen anders reagieren könne als gestern, weil die Organismen nicht nur anlagemäßig verschieden und Individualitäten seien, sondern ihre Krankheitsgeschichte ihre "Bereitschaften" ändere.

In diesem Zusammenhang sei auch noch auf die Erscheinung der sog. Resistenz hingewiesen. Gegen Krankheiten wie Lungenentzündung, Syphilis, Angina, Tbc, Schlafkrankheit, Malaria und Eiterungen hatten sich hervorragende Medikamente wie Salvarsan, Germanin, Atebrin, die Sulfonamide, Neoteben, Penicillin etc. bewährt. Es fielen jedoch von Anfang an Patienten auf, bei denen die Heilung länger dauerte, bis sich die Fälle so häuften, daß

Regeln gibt, sind sie nichts Starres, weil ein Krankheitsbild selten dem anderen gleicht. Das gilt auch für die "pragmatische Therapie", sobald das typische Krankheitsbild Abweichungen oder Komplikationen aufweist. "Mit dem Therapieautomaten kommt man dann nicht mehr aus, bei dem nach Einwurf eines diagnostischen Groschens die Therapie von selbst herausfällt"¹⁾.

Die fast unübersehbare Mannigfaltigkeit der verfügbaren Behandlungsmethoden führt dazu, daß die Ermittlung eines Maßstabs für kunstgerechtes ärztliches Handeln schon dem sachkundigen Mediziner große Schwierigkeiten bereiten muß. Der Jurist sieht sich häufig einem Streit der Mediziner über die Richtigkeit dieser oder jener Behandlungsmethode gegenüber, so daß die Beantwortung der Vorfrage als nicht möglich erscheinen muß²⁾. Soll sich in dieser Lage der Richter über den Streit ärztlicher Meinungen stellen, wenn ja, nach welchen Grundsätzen soll und kann er dann ärztliche Eingriffe beurteilen? Oder soll der Jurist sich zum Schiedsrichter machen und sich für die eine oder andere Methode klar entscheiden?

Jedenfalls ergeben die vorstehenden Überlegungen, daß insbesondere auf dem Gebiet der Therapie erhebliche Schwierigkeiten bei der Ermittlung des richtigen Vorgehens auftreten können. Soweit die Schwierigkeiten

man ein Nachlassen der Wirksamkeit dieser Medikamente erkennen mußte. Heute gibt es viele Menschen, die noch nie mit Antibiotika behandelt worden sind und dennoch resistente Mikroben in sich haben. Die Anstrengungen der Pharmazeuten und Biochemiker gehen heute dahin, die bewährten Antibiotika, von denen rund 20 therapeutisch bewährte in Gebrauch sind, chemisch abzuwandeln, um das unerfreuliche Resistenzproblem zu lösen.

1) Katsch, aaO., S.18

2) Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, S.170

darauf beruhen, daß sich zwischen dem Zeitpunkt der Behandlung der Krankheit und dem ihrer späteren rechtlichen Beurteilung die Regeln gewandelt haben, gibt es in der "ex ante-Beurteilung" heute einen festen Maßstab. Soweit jedoch keine Regel im Sinn einer einzigen und ausschließlichen Behandlungsart für eine bestimmte Krankheit¹⁾ besteht, vielmehr mehrere Möglichkeiten verfügbar sind und gehandhabt werden, bedarf es noch einer rechtlichen Klärung.

§ 8

Die rechtliche Seite

Für den Juristen beginnen die Schwierigkeiten also häufig schon bei der Feststellung, ob in concreto etwas Fehlerhaftes geschehen ist. Freilich steht die Hilfe des Sachverständigen zur Verfügung, der zu beurteilen hat, ob ein Verstoß gegen die medizinischen Regeln vorliegt und worin er zu sehen ist. Dies wäre eine glatte Sache, wenn das Gutachten immer eine zuverlässige Grundlage für die Feststellung eines Kunstfehlers böte; häufig stehen sich aber medizinische Auffassungen gegenüber. Daß dies nicht nur bei den großen Richtungsgegensätzen Allopathie-Homöopathie der Fall ist, wurde oben schon angedeutet. Meinungsverschiedenheiten treten nicht nur zwischen Medizinern verschiedener Fachrichtungen auf, sondern häufig sind sich schon die Vertreter ein und desselben Spezialgebietes nicht einig. Dadurch wird die Lage für den Tatrichter nicht einfach²⁾. Ein

1) Vom medizinischen Standpunkt aus betrachtet.

2) Vgl. Eb. Schmidt in Ponsold, S. 46 f. und Der Arzt im Strafrecht, S. 138; Engisch in Langenbecks Arch. Bd. 273, 1952, S. 434.

allgemeines Urteil über eine Behandlungsmethode wird und kann der Jurist - abgesehen von der fehlenden Sachkunde - schon deshalb nicht fällen, weil die Beurteilung ärztlichen Verhaltens sich immer nur auf den konkreten Fall in der gegebenen Situation bezieht. Zu prüfen ist also zunächst immer, ob eine Streitfrage oder ein Richtungsgegensatz im konkreten Fall überhaupt eine Rolle spielen. Die Einbeziehung der konkreten Umstände in die Beurteilung des ärztlichen Vorgehens hat also auch den Vorzug, daß der Richter bei der Feststellung eines Kunstfehlers niemals Gefahr läuft, grundsätzlich für oder gegen eine bestimmte Methode Stellung zu nehmen; seine tatrichterlichen Feststellungen, die ja weitgehend auf Gutachten von Sachverständigen beruhen, treffen immer nur eine Entscheidung für den konkreten, gerade abzuurteilenden Einzelfall. Eine "gerichtlich empfohlene Therapie"¹⁾ wird es daher niemals geben; mit der Pauschalfeststellung, im vorliegenden Fall habe der Angeklagte einen Kunstfehler begangen, kann sich der Richter schon deshalb nicht begnügen, weil er in jedem einzelnen Fall festzustellen hat, worin jedesmal der Kunstfehler zu erblicken ist²⁾. "Die Gerichte können es nicht als ihre Aufgabe ansehen, medizinische Streitfragen zu lösen und Meinungsverschiedenheiten zu entscheiden"³⁾. Prozessual ist schließlich zu beachten, daß in einem Fall, in dem medizinische Richtungsgegensätze oder auch nur Meinungsverschiedenheiten hinsichtlich der angewandten Behandlungsart eine Rolle spielen, bei der Auswahl der zuzuziehenden Sachverständigen be-

1) Wie König-Köstlin, aaO., S. 46 befürchten.

2) Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 141, 143.

3) Ders. aaO., S. 144 .

sondere Grundsätze zu beachten sind. Darauf wird noch einzugehen sein¹⁾. Die Erfahrung lehrt, daß im Falle einer auf einen ärztlichen Kunstfehler gegründeten Anklage, sobald sie erhoben ist und Sachverständigen-gutachten beigezogen werden, diese sich nicht selten vollkommen widersprechen, der eine Gutachter also ein Verhalten als fehlerhaft bezeichnet, an dem der andere vom medizinischen Standpunkt aus nichts aus-zusetzen hat.

Da für die meisten Krankheiten mehrere Heilmethoden bestehen, muß dem Arzt grundsätzlich freie Wahl er-möglicht werden, die er nach den Besonderheiten des einzelnen Falles treffen kann. Diese "Ermessensfrei-heit" hat gewisse Grenzen, die noch aufzuzeigen sein werden; aber pflichtgemäßes Ermessen ist letztlich das Lebenselement ärztlichen Handelns²⁾. In gewissen Grenzen besteht eine rechtliche Gleichwertigkeit der Therapien, "solange noch überhaupt wissenschaftlich um sie gekämpft wird und sie praktisch geübt werden"³⁾. Solange der Streit der Meinungen über eine Behand-lungsart noch nicht abgeschlossen sei, werde man dem Arzt keinen Vorwurf daraus machen können, wenn er ei-ne andere Behandlungsart wählt, meint Ebermayer⁴⁾. Bohne⁵⁾ nimmt die Gleichwertigkeit nebeneinander be-stehender Behandlungsmethoden dann an, "wenn und solange überhaupt noch förderliche Auseinandersetzun-

1) Vgl. unten § 14

2) Schellworth, Der medizinische Sachverständige, 1958, S.192.

3) König-Köstlin, aaO., S.46

4) Ebermayer, Der Arzt im Recht, S.189.

5) Forensische Zahnheilkunde, S.66, S.61: "Denn es ist ohne weiteres klar, daß es zwischen den all-gemein anerkannten Regeln der medizinischen Wis-senschaft und neuen Behandlungsweisen, die einen Fortschritt in Diagnose und Therapie darstellen, Übergänge geben kann, die unmöglich nur deshalb als Kunstfehler anzusehen sind, weil sie noch nicht die allgemeine Anerkennung ... gefunden haben".

genzwischen den Lehrmeinungen ausgetragen werden". Englisch will einem Arzt, der eine Behandlungsmethode noch nicht oder nicht mehr anwendet, über die berechnigte Meinungsverschiedenheiten bestehen, oder wenn Zweifel an der Richtigkeit eines bisher allgemein geübten Verfahrens auftauchen, nicht unbedingt einen Vorwurf machen¹⁾. Englisch spricht in diesem Zusammenhang von einem "Toleranzprinzip", das man in derartigen Fällen anerkennen müsse. Gemeint ist damit dasselbe, was König-Köstlin als "Gleichwertigkeit der Therapien" bezeichnet haben²⁾. Freilich sind dieser Gleichwertigkeit bzw. diesem Toleranzprinzip Grenzen gesetzt, die einerseits medizinische Regeln selbst bilden, aber auch die sehr umfangreiche Rechtsprechung zum vorstehenden Problem. Insgesamt läßt sich sagen, daß von juristischer Seite die Tragweite des Problems voll erfaßt und die Bedeutung der Frage für die Weiterentwicklung der medizinischen Erkenntnisse und Behandlungsmethoden nicht übersehen wurde. Denn historisch ist erwiesen, daß gerade Außenseiter zum Fortschritt beigetragen haben, wie ja jede fruchtbare Meinungsverschiedenheit auch in der medizinischen Wissenschaft letztlich zur Weiterentwicklung und Schöpfung neuer Erkenntnisse beiträgt.

Außerhalb der starren Regel gibt es daher immer ein weites Feld, auf dem der Fortschritt gedeiht, der sich innerhalb einer starren Regel nicht entwickeln könnte. Die Rechtsprechung zur Frage des Kunstfehlers darf daran nicht vorbeigehen.

1) Langenbecks Archiv, Bd.273, 1952, S.434 .

2) Vgl.auch Englisch in Fehler und Gefahren, S.1539 f.; Liertz-Pfaffrath, S.263 ff.; Kohlhaas in VersR, 1955, S.721 ff.

§ 9

Die Rechtsprechung

Daß auch die Gerichte mit der Unsicherheit in der medizinischen Beurteilung rechnen, andererseits aber auch bemüht sind, sich aus dem medizinischen Meinungsstreit herauszuhalten und jede Parteinahme zu vermeiden, zeigen verschiedene Entscheidungen des Reichsgerichts.

Die Entscheidung, die sich am ausführlichsten mit dem Problem auseinandersetzt, ist das Urteil vom 1. Dezember 1931¹⁾. Es befaßt sich mit einem Fall mit tödlichem Ausgang, in dem ein Heilbehandler eine Blinddarmentzündung konservativ behandelt hatte²⁾. Das Reichsgericht versteht hier unter "Schulmedizin" nicht "die auf den Universitäten gelehrtete medizinische Wissenschaft, deren Beherrschung bei den Prüfungen und bei der Approbation vorausgesetzt wird, im Gegensatz zu dem Wissen, das die nicht ärztlichen Heilbehandler, aus Büchern, in Kursen oder lediglich aus dem Erfahren sich aneignen oder sich aneignen zu können glauben", sondern es gebraucht den Begriff der "allgemein oder weitaus überwiegend anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft (oder Kunst)", und es spricht sich anschließend dahin aus, daß ein Arzt für ein Abweichen von der Schulmedizin nicht verantwortlich gemacht werden kann, wenn er sich einer anderen, von beachtlichen Medizinern vertretenen Ansicht anschließt. Jede akute Blinddarmentzündung bedürfe der Zuziehung eines Arztes zu der Zeit, da

1) RGSt 67, 12 ff.

2) Vgl. Böhne, JW 1933, S. 1774; Haberland in MMW 1938, S. 281 f.: "Die akute Appendizitis ist so früh wie möglich zu operieren"; Hübner-Warneyer. S. 70.

allein die Erfahrungen und Methodender Schulmedizin für eine sichere, sachgemäße Behandlung Gewähr böten. Die Entscheidung zeigt aber auch, daß die Einstellung des Gesetzgebers zur Frage der Ausübung des Heilgewerbes auf die Rechtsprechung eingewirkt hat¹⁾. Aus der sog. "Kurierfreiheit" wird der Satz hergeleitet, daß der Arzt nicht verpflichtet sei, sich bei der Auswahl der diagnostischen und therapeutischen Mittel nach den "allgemein oder weitaus überwiegend anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft" zu richten. An dem in der Entscheidung vom 8. Juli 1930²⁾ ausgesprochenen Satz, daß eine Verpflichtung, ein bestimmtes Heilmittel anzuwenden, nur für den Fall besteht, wo sich eine solche Verpflichtung aus einem Sondergesetz ableiten läßt, knüpft die Entscheidung vom 1. Dezember 1931 unter Ausführung folgender Rechtsansicht ausdrücklich an:

"Die Kurierfreiheit gilt - vorbehaltlich der sondergesetzlichen Ausnahmen - grundsätzlich für Krankheiten aller Art, auch für schwere Krankheiten, ferner für ernstgemeinte, nicht auf Schwindel hinauslaufende Heilverfahren aller Art; die allgemein oder weitaus überwiegend anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft genießen grundsätzlich keine Vorzugsstellung vor den von der Wissenschaft abgelehnten Heilverfahren ärztlicher Außerseiter oder nichtärztlicher Heilbehandler".³⁾

1) Eb. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 144 f., in Ponsold, S. 47 f.

2) RGSt 64, S. 263 ff.

3) Das Urteil ist auf Kritik von juristischer und medizinischer Seite gestoßen. Böhne, JW 1933, S. 1774 ff. kritisiert vor allem den Standpunkt des RG, daß ein Kunstfehler nicht nach den Lehren der Medizin zu ermitteln sei, sondern nach den subjektiven Fähigkeiten des Heilbehandlers. Diese Ansicht müsse dazu führen, daß der Beurteilungsmaßstab je nach Fähigkeit und Einsicht des Behandlers ein unter Umständen sehr niedriges

Eberhard Schmidt¹⁾ hält diese Ansicht des Reichsgerichts "in seiner ausnahmslosen Allgemeinheit" für bedenklich. Mit Recht weist er daher auf die Gründe des reichsgerichtlichen Urteils hin, die im Ergebnis erhebliche Einschränkungen des wiedergegebenen Satzes enthalten und den Regeln der ärztlichen Wissenschaft doch eine sehr viel größere Bedeutung beimessen, als die Ausführungen zur Kurierfreiheit zunächst vermuten lassen. Das Reichsgericht betont nämlich selbst, daß mit der "Anerkennung der Kurierfreiheit kein Freibrief für Gewissenlosigkeit" gemeint sei. Beliebig darf sich also kein Arzt über die Regeln der ärztlichen Wissenschaft hinwegsetzen. Die Freiheit der Behandlung ist letztlich nicht nur nach dem subjektiven Maß, nach der Einsichtsfähigkeit des Behandlers zu beurteilen, wenn das Reichsgericht in der Entscheidung Bd.67, S.20 auch darauf abestellt. Dort heißt es:

"Doch kann von dem nichtärztlichen Heilbehandler nicht dasselbe Maß von allgemeiner Ausbildung und Fortbildung verlangt werden, wie vom approbierten Arzt, es bedarf auch hier der Prüfung, ob und wie weit der Heilkundige nach seinen persönlichen Verhältnissen und Erkenntnis zur Erfüllung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und zur Erkenntnis der ursächlichen Bedeutung seines Verhaltens imstande war".

Niveau aufweise. So auch Elster, JW 1931, S.1483, der im Anschluß an RGSt 64, 263 den Standpunkt des Reichsgerichts kritisiert. In der Tat hat das RG keine klare Trennung zwischen Kunstfehler und Verschulden durchgeführt, ein Fehler, der in der Rechtsprechung immer wieder begegnet. Deshalb hat das Reichsgericht bei der Prüfung des Kunstfehlers allzuviel subjektive Momente berücksichtigt. Vgl. auch Warneyer, Der Chirurg, 1933, S.290 ff. u.König-Köstlin a.a.O., S.74 .

1) Der Arzt im Strafrecht, S.145 .

Als in diesem Falle die homöopathische Behandlung fehlschlug, hieß es: "Bei einer Blinddarmentzündung aber drei Tage auf die Wirkung der homöopathischen Heilmittel zu warten, bedeutet einen ganz unglaublichen, unverantwortlichen Leichtsinns". Prokop¹⁾ folgert daraus mit Recht, daß damit die zunächst gewährte, auf die individuelle Einsicht abgestellte Behandlungsfreiheit aufgehoben sei und die anerkannten Regeln der Heilkunst doch schließlich als Maßstab dienen.

Der Arzt muß sich auch über die Fortschritte der Heilkunde unterrichten und sich mit den neuesten Heilmitteln vertraut machen²⁾. "Wer das Heilgewerbe ausübt, darf sich nicht aus Bequemlichkeit, Eigensinn oder Hochmut neuen Lehren und Erfahrungen verschließen"³⁾. Übernahme der Behandlung trotz Unvermögens und unterlassene Zuziehung eines Arztes oder Facharztes, wenn der Behandler seine Unfähigkeit erkenne oder nach seinen persönlichen Fähigkeiten und Kenntnissen erkennen mußte, sei eine Verletzung der Sorgfaltspflicht.

Nach beiden angegebenen Entscheidungen des Reichsgerichts entfällt aber die Verpflichtung, ein Heilmittel oder -verfahren, das gegenüber einer bestimmten Krankheit nach dem augenblicklichen Stande der ärztlichen Wissenschaft weitaus überwiegend als das wirksamste gilt, anzuwenden, nur dann, "wenn die auf sachliche Gründe gestützte persönliche Überzeugung des Handelnden mit der überwiegenden Meinung nicht übereinstimmt". Das Reichsgericht erkennt solche sachlichen Gründe aber nur dann an,

1) Homöopathie und Wissenschaft, S.191

2) RGSt 64,263 (269) und Bd.67,23.

3) RGSt 64,263 u. 67,23.

"wenn ein Heilkundiger ein Heilmittel zwar als besonders wirksam gegen die von ihm zu behandelnde Krankheit kennt, von seiner Anwendung aber deshalb Abstand nimmt, weil er hiervon erhebliche anderweite Gefahren für den Kranken befürchtet, oder wenn ihm zwar bekannt ist, daß ein Heilmittel von der ärztlichen Wissenschaft weitaus überwiegend als das wirksamste erachtet wird, wenn er aber seinerseits aus wohlerwogenen Gründen an diese Wirksamkeit nicht glaubt und die scheinbare Wirksamkeit auf andere Gründe - etwa auf eine zeitweise Abschwächung der Virulenz der die Krankheit erzeugenden Bazillen zurückführt". (1)

Diese Gründe berechtigen aber den Arzt zunächst nur dazu, das von ihm abgelehnte Heilmittel oder Verfahren nicht anzuwenden; eine andere Frage ist die, ob er das von ihm selbst für geeignet gehaltene Medikament oder die von ihm bevorzugte Therapie anwenden darf²⁾. Überhaupt ist ja bei der Prüfung ärztlicher Maßnahmen stets zu beachten, daß nicht nur die Durchführung einer Heilbehandlung fehlerhaft sein kann, sondern auch ihre Unterlassung. Wenn der Arzt also aus seiner auf sachliche Gründe gestützten Überzeugung ein weitaus überwiegend anerkanntes und erprobtes Heilmittel oder -verfahren nicht unbedingt anzuwenden verpflichtet ist, so ist weiterhin die Frage zu prüfen, ob die von ihm gewählte Therapie nicht gegen die Regeln der ärztlichen Kunst verstößt. Mit der Ablehnung der Verpflichtung, ein bestimmtes Heilverfahren anzuwenden, entfällt somit nur dieses Verfahren als Maßstab; seine Unterlassung allein stellt nach der reichsgerichtlichen Rechtsprechung unter Umständen kein fehlerhaftes Verhalten dar. Auf diese rechtliche Trennung ist deshalb besonders hinzuweisen,

1) König-Köstlin, aaO., S. 68: "Die am sichersten wirkende Therapie birgt oft ein größeres Gefahrenmoment in sich".

2) Böhne, Forensische Zahnheilkunde, S. 67 .

weil rein tatsächlich die Durchführung eines von der Regel abweichenden Verfahrens stets mit der Unterlassung des weitaus überwiegend angewandten Verfahrens - das eben die Regel darstellt - einhergehen wird.

Wenn mehrere Behandlungsmethoden zur Verfügung stehen, oder ein Arzt eine überwiegend anerkannte Methode persönlich ablehnt, verlangt das Reichsgericht bei der rechtlichen Prüfung insbesondere einen "Vergleich der Erfolgsaussichten"¹⁾. In dem zu entscheidenden Fall hatte ein homöopathischer Arzt eine Krebserkrankung ohne Erfolg mit biochemischen Mitteln bekämpft. Der allopathische Sachverständige hatte dagegen Radiumbestrahlungen als allein zur Verlängerung des Lebens der Patientin geeignete Behandlungsmethode bezeichnet. Es handelte sich also um einen Fall, in dem ein grundsätzlicher Gegensatz zweier medizinischer Richtungen bestand. Hier verlangt das Reichsgericht tatsächliche Feststellungen, die einen "Vergleich der Erfolgsaussichten" ermöglichen²⁾.

"Denn erst aus dem Vergleich der auf beiden Seiten gemachten Erfahrungen, der Vorzüge der Heilmittel und ihrer Nachteile, kann ersehen werden, ob das eine Verfahren unter Umständen den Vorrang vor dem anderen verdient oder nicht. Sollte sich dabei ergeben, daß Radiumbestrahlungen bei einer fortgeschrittenen Krebserkrankung weit

1) RGSt in HRR 1938, Nr. 857; Eb. Schmidt, Arzt im Strafrecht, S. 147 f.; in Ponsold, S. 40 f. Kohlhaas in Kuhns, I, S. 617.

2) Daß die therapeutische Erfolgsbeurteilung vom medizinischen Standpunkt her allerdings schon problematisch ist, wurde oben schon ausgeführt. Diesen Umstand darf der Jurist nicht außer Betracht lassen. Vgl. Martini, Dokumentation in Medizin und Biologie, 1959, S. 31 ff.

wirksamer als alle anderen Heilmittel sind, so könnten die homöopathischen Ärzte nicht minder als die allopathischen als verpflichtet erachtet werden, die Bestrahlungen anzuwenden, und die Nichtanwendung könnte grundsätzlich als ärztlicher Kunstfehler erscheinen" (1) .

Eine andere Frage ist dann noch die, ob für einen Kunstfehler im Hinblick auf Verschulden zu haften ist²⁾).

Dieselben Grundsätze liegen den RG-Entscheidungen vom 19.3.1937³⁾ und vom 25.6.1937⁴⁾ zugrunde. Auch in der Entscheidung vom 19.3.1937 hat es sich um den Gegensatz von Allopathie und Homöopathie gehandelt, und zwar um die Frage der Serumbehandlung bei Diphtherie.

"Über die Behandlung einer Krankheit hat der Arzt auf Grund pflichtgemäßer sachlicher Prüfung zu entscheiden. Die Anwendung der homöopathischen Heilweise - hier Unterlassung von Serumeinspritzung bei Diphtherie - anstatt der allopathischen, ist grundsätzlich nicht zu beanstanden" (5).

-
- 1) Daß im Falle eines Richtungsgegensatzes Sachverständige beider Richtungen zu hören sind und eine besondere Aufklärungspflicht bestehen kann, wird unten - §§ 13 u.14 - noch auszuführen sein. Das RG weist in der zitierten Entscheidung darauf hin.
 - 2) Die Entsch.des RG v.7.1.1938 (JW 1938,S.2202) folgert bereits aus der Abweichung von den allgemein anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft ein Verschulden. Das hängt mit der unklaren Begriffsbestimmung des Kunstfehlers zusammen.Kritisch zu der Entscheidung daher mit Recht Eberh. Schmidt in Ponsold, S.50, Arzt im Strafrecht, S.147. Kallfelz, JW 1938,S.2204 f. stimmt der Entscheidung zu, ohne allerdings auf die dogmatisch bedenklichen Ausführungen des RG einzugehen.Die von Eb.Schmidt beanstandete Auffassung hat das RG auch in der E.v.6.12.1929 (JW 1930,S.1955) vertreten, wo ebenfalls aus der Abweichung von den anerkannten Regeln auf Verschulden geschlossen wird. Der E.liegt derselbe Sachverhalt wie in RGSt 64,263 zugrunde.

Die Vorinstanz hatte den Angeklagten auf Grund eines umfassenden Sachverständigenbeweises mit der Begründung freigesprochen, daß die Frage der Serumbehandlung bei Diphtherie in Wissenschaft und Praxis noch keine Klärung gefunden habe, ein Kunstfehler deshalb nicht festgestellt werden könne. Das Reichsgericht hat das landgerichtliche Urteil insoweit auch nicht beanstandet:

"Dem Landgericht kann danach nicht aus Rechtsgründen entgegengetreten werden, wenn es dem Angeklagten zubilligt, er sei aus wohlhergehenden sachlichen Gründen der Überzeugung gewesen, daß die von ihm angewandten homoöpathischen Heilmittel zum mindesten nicht derart minderwertig gegenüber dem Diphtherieserum seien, daß die Unterlassung der Serumbehandlung unter allen Umständen eine Pflichtwidrigkeit und damit einen ärztlichen Kunstfehler darstelle" (1).

3) HRR 1937, Nr. 1429, abgedr. auch in JW 1937, 3087.

4) HRR 1938, Nr. 187.

5) Die E. ist heftig umstritten; vgl. Kallfelz, JW 1937, 3090 ff.; König, JW 1938, 345. Kallfelz meint, in der Praxis des täglichen Lebens müsse der Praktiker hauptsächlich das praktisch Erprobte tun. Er kritisiert damit die Ansicht des RG, daß bei Diphtherie beide Therapien gleichwertig seien. König wendet sich gegen die Ausführungen von Kallfelz, die den Anschein erweckten, als sei die Serumtherapie der Diphtherie die einzig erfolgversprechende Behandlung. "Solange in der Medizin eine einheitliche Stellung über die Serumtherapie nicht erzielt werden kann, haben wir darin kein Mittel zu sehen, das in einem so hohen Maße wirksam ist, daß seine Anwendung gefordert werden könnte". Vgl. auch die Erwiderung von Kallfelz, JW 1938, S. 347.

1) Die Frage der Serumbehandlung ist forensisch von großer Bedeutung gewesen. Vgl. auch RGSt 64, 263 ff.; ferner Berger in DJZ 1936, S. 1475 f.; Böhme, in "Handwörterbuch d. ger. Med. u. naturwiss. Kriminalistik" S. 22, der die Empfehlung des Reichsgesundheitsamtes, bei Diphtherie Serum zu geben, in Gegensatz zum RG für rechtlich bindend hält.

Das Reichsgericht betont allerdings auch folgendes:

"Rechtlich denkbar und tatsächlich möglich wäre es in diesem Zusammenhang, daß bei einer bestimmten Krankheit ein bestimmtes Mittel besonders wirksam wäre und im Verhältnis zu allen anderen Heilmitteln einen solchen Vorrang hinsichtlich der Wirksamkeit hätte, daß die anderen neben ihm erkennbar weit zurücktreten. In einem solchen Falle könnte es ganz gleich sein, ob es sich um ein allopathisches oder um ein homöopathisches Mittel handelte, könnten vielmehr alle Ärzte, gleichviel welcher wissenschaftlichen Richtung sie angehören, als grundsätzlich verpflichtet angesehen werden, es anzuwenden, und die Unterlassung der Anwendung könnte grundsätzlich als ärztlicher Kunstfehler erscheinen" (1).

Diesen besonderen Vorrang des Serums bei Diphtherie hat das Reichsgericht auf Grund der tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts abgelehnt²⁾.

-
- 1) So auch RG in der E. vom 12.2.1940 und RGSt 74,60: "Ist bei einer bestimmten Krankheit ein Mittel als im Verhältnis zu allen anderen besonders wirksam anerkannt, so sind Ärzte und andere Heilbehandler grundsätzlich verpflichtet, es anzuwenden; auch der Anhänger eines anderen Heilverfahrens darf in solchen Fällen nicht die besseren Erfolge der von der eigenen abweichenden Richtung außer Acht lassen". Die E. nimmt auf das Urteil vom 19.3.1937 (JW 1937,3087) auf S.61 ausdrücklich Bezug. Abgedr. auch bei Marcetius, S.647 ff. Vgl. auch RG in JW 1936,3114: "Es ist selbstverständlich, daß der Arzt, wenn ihm ein sicherer Weg zum Heilerfolge zur Verfügung steht, diesen Weg beschreiten muß und einen weniger sicheren nur dann einschlagen darf, wenn gewichtige Gründe das geboten erscheinen lassen. Vgl. auch Hübner-Drost, S.273 (ein Fall der Unterlassung der Lebertherapie bei perniziöser Anämie).
- 2) Anders OLG Braunschweig im U.vom 6.2.1948, NdsRpfl.48,92, das einen Heilpraktiker wegen fahrlässiger Tötung verurteilt hat, weil er bei Diphtherie die Serumeinspritzung unterlassen hat, was einen Kunstfehler darstelle.

Im Urteil vom 25.Juni 1937, das einen Fall der Krebsbehandlung betrifft, verlangt das Reichsgericht eine Prüfung der Frage, ob

"unter den Heilkundigen homöopathischer Richtung - seien es Ärzte, seien es Heilpraktiker - überhaupt in beachtlichem Umfang die Ansicht vertreten wird, Krebsleiden mit Mitteln von der Art, wie sie der Angeklagte verwendet hat, heilend beeinflussen zu können, oder ob im Gegenteil sogar diese Kreise, insoweit in Übereinstimmung mit den Vertretern der allopathischen Richtung der Heilkunde, überwiegend auf dem Standpunkt stehen, daß Krebsleiden nur mit Operationen oder Bestrahlungen oder scharf wirkenden Radiumanwendungen behandelt werden könnten".

Im Rahmen der "sachlichen Gründe", die einen Arzt nach der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zu einem Abweichen von anerkannten Methoden berechtigen können, ist also stets ein Vergleich der Erfolgsaussichten anzustellen. Selbstverständlich hat diese Betrachtung ex ante zu erfolgen, d.h. vom Standpunkt des Arztes aus, als er die Behandlung durchgeführt hat.

Das Sachverständigengutachten wird daher stets auch auf "die durch die Erfahrung bestätigte Erfolgsaussicht der in Frage stehenden Behandlungsweise" beziehen müssen¹⁾. Das Reichsgericht verhindert damit mit Erfolg, das medizinische Richtungsgegensätze in foro ausgespielt werden.

Die Frage nach einem fehlerhaften ärztlichen Verhalten ist stets für den Einzelfall zu entscheiden, ohne dabei grundsätzlich Partei für die eine oder andere Ansicht zu ergreifen²⁾. Das Reichsgericht läßt daher

1) Böhne, Forensische Zahnheilkunde, S.67.

2) Eb.Schmidt in Ponsold, S.49 f.; auch Mezger, Dt.Z.f.ger.Med.Bd.42, 1953, S.372 verlangt einen Vergleich der Erfolgsaussichten unter Berufung auf Eb.Schmidt. Immer und in jedem Fall genügt die Durchführung des Heilverfahrens, das von der eigenen "Richtung" des Behandlers in concreto für

außer Betracht, daß sich Allopathie und Homöopathie in einer bestimmten Frage grundsätzlich nicht einig sind, will vielmehr nur für den konkreten Einzelfall entschieden wissen, ob überhaupt der Gegensatz der beiden Richtungen eine Rolle spielt¹⁾.

So gesehen, spielen die großen Richtungsgegensätze keine so große Rolle, wie es zunächst den Anschein haben mag. Abgesehen davon, daß nichts verfehlter wäre, als eine gerichtlich empfohlene Therapie zu statuieren, herrscht in der Rechtsprechung keineswegs Einigkeit über die Begriffe Allopathie, Homöopathie und Schulmedizin.

Welchen Standpunkt das Reichsgericht hinsichtlich der Begriffsbestimmung der Schulmedizin vertritt, ist oben schon ausgeführt worden. Das Reichsgericht bezweifelt aber selbst, ob die Anwendung des Begriffes "Schulmedizin" überhaupt noch berechtigt ist, "da jetzt an den Universitäten auch Lehrstühle für Homöopathie und für Naturheilkunde bestehen, da ferner auch Professoren und approbierte Ärzte, die nicht zu den Vertretern der Naturheilkunde gerechnet werden können, die Grundsätze der Naturheillehre anerkennen und anwenden"²⁾. In der Rechtsprechung und der Literatur³⁾ werden vielfach die Begriffe Allopathie

richtig gehalten wird, nicht. Dazu auch Prokop, aaO., S.191 u. Engisch, Fehler und Gefahren, S.1540.

- 1) RG in HRR 1938, S.1082, U.v.29.4.38, das bei Krebserkrankung auch die Verpflichtung hom.Ärzte zur Operation festlegt. Vgl. auch Eb.Schmidt, Arzt im Strafrecht, S.149.
- 2) So RGSt 67,16 f.; Bohne, Forensische Zahnheilkunde, S.66.
- 3) Etwa Liertz-Pfaffrath, aaO., S.268 f. u. Kohlhaas in Kuhns, I, S.617.

und Schulmedizin verwechselt oder identifiziert, wie es Samuel Hahnemann, der Begründer der Homöopathie, schon getan hat, als er den Begriff "Schulmedizin" mit negativer Wertung in die Diskussion eingeführt hat¹⁾.

"Früher hat die Rechtsprechung unter dem Einfluß der allgemeinen Erkenntnisse der Medizin hinsichtlich des Wertes oder Unwerts eines Medikamentes versucht, mit der Fixierung des Begriffes "Schulmedizin" eine Regelung und Ordnung der Anwendbarkeit der von den Wissenschaftlern oder von "Außenseibern" angewendeten Heilmittel zu treffen. Mit der Erklärung, es handle sich um eine "Medizin der Schule" sollte festgestellt werden, daß das anzuwendende Heilmittel allgemein anerkannt und für den besonderen Einzelfall spezifisch geeignet sei" (2).

Aus der Entwicklung der medizinischen Praxis habe sich dann die Unhaltbarkeit des Begriffs "Schulmedizin" ergeben.

Eine klare Definition des Begriffs Schulmedizin gibt es daher bis heute nicht und ist auch nicht erforderlich. Nur sollte der Ausdruck tunlichst von Juristen vermieden werden. Auch das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 30.9.1955 zeigt, daß bis heute keine Klarheit der Begriffe herrscht, denn der BGH identifiziert die Schulmedizin mit der Allopathie und setzt sie dann der Homöopathie entgegen³⁾.

1) Vgl. Prokop, aaO., S. 188.

2) Ders. aaO., S. 189.

3) Vgl. LM Nr. 6 zu § 230 StGB; Prokop aaO., S. 190.
Die Homöopathie ist eine Krankenbehandlung mit kleinen Gaben von Arzneimitteln, die in großen Gaben bei Gesunden Krankheitserscheinungen hervorrufen, die den zu heilenden Krankheiten ähnlich sind. Im Gegensatz dazu nannte Samuel Hahnemann die sonst übliche Behandlungsweise Allopathie, weil ihre Arzneimittel meist gegensätzliche Krankheitserscheinungen hervorrufen.

Eine weitere Einschränkung der sog. Kurierfreiheit, die sich nach der reichsgerichtlichen Rechtsprechung nicht nur auf die Ausübung des Heilgewerbes als solche, sondern auch auf die Wahl der jeweiligen Behandlungsmethode ausgewirkt hat, bedeutet die Forderung des Reichsgerichts, daß der von den anerkannten Regeln aus sachlichen Gründen abweichende Arzt in jeder Lage der Behandlung seine Methode auf ihre Eignung hin überprüfen müsse. Sobald er erkenne oder auch nur erkennen müsse, daß seine Methode in einem bestimmten Fall nicht zum Erfolg führe, müsse er insbesondere bei gefährlichen Krankheiten, wenn für deren Behandlung noch ein anderes, weit verbreitetes und erprobtes Verfahren in Frage komme, entweder dieses anwenden oder die Behandlung aufgeben bzw. zum mindesten einen Kollegen hinzuziehen¹⁾. Damit schiebt das Reichsgericht etwaigen Einwänden, daß ein Arzt seinen persönlichen Fähigkeiten entsprechend gehandelt habe, von vorneherein einen Riegel vor. An Einsicht, Erfahrung und persönliche Überzeugung des behandelnden Arztes werden daher objektiv faßbare Mindestanforderungen gestellt, die stets erfüllt werden müssen.

Zur Frage der Wundausschneidung führt das Reichsgericht in JW 1938, S. 2203 u. a. folgendes aus:

1) Vgl. RGSt 50, 37; 59, 355 (Gesundbeten); ferner RGSt 67, 23 f., 64, 271; 74, 60 f. Die Entscheidung betrifft wieder die Frage der Serumbehandlung bei Diphtherie; RG JW 1937, S. 3087 mit Anm. Kallfelz.

Zur Frage der Zuziehung eines anderen Arztes, wenn ein weitverbreitetes Verfahren in Betracht kommt, das der behandelnde Arzt selbst nicht anwenden kann, vgl. RG HRR 1938, Nr. 187 (Krebsbehandlung mit homöopathischen Mitteln) und Nr. 1082; ferner das RG-Urteil vom 12.2.1940 bei Marcetius, S. 647 f.

"Ein Arzt kann sich gerade deshalb der Verletzung der ihm obliegenden Sorgfaltspflicht schuldig machen, daß er eine Behandlung übernimmt, die seinen Fähigkeiten und Kenntnissen nicht entspricht. Hätte sich zu der Zeit, als der Beklagte, ein praktischer Arzt, die Wunde des Klägers verband, in der ärztlichen Wissenschaft und Praxis eine einheitliche Ansicht darüber gebildet gehabt, daß bei Schnittwunden der vorliegenden Art die Wundausschneidung zur ordnungsmäßigen Behandlung erforderlich sei, so träfe den Beklagten ein Verschulden, weil er die allgemein in der ärztlichen Praxis anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft nicht befolgt hat. ... Auch der praktische Arzt, der sich mit der Behandlung von Wunden befaßt, muß die Entwicklung der medizinischen Wissenschaft auf dem chirurgischen Gebiete verfolgen" (1).

Die Anforderungen an die ärztliche Sorgfaltspflicht sind nach dieser Reichsgerichtsentscheidung jedoch dann nicht zu überspannen, wenn die Meinungen in Wissenschaft und Praxis über die ordnungsmäßige Behandlungsweise geteilt sind.

Das OLG Celle führte in einem Urteil vom 19.1.1912²⁾ aus, daß man von einem Arzt nicht verlangen könne, daß er sich mit neuen Methoden befreunde, die zu den ihm einst gelehrt und von ihm Jahre hindurch befolgten in Widerspruch ständen. Ebermayer hält das für einen zu weitgehenden Standpunkt³⁾. Diese Freiheit findet allerdings ihre Grenze dort, wo die zur Anwendung gebrachte Therapie von aller Welt als verkehrt angesehen wird⁴⁾.

Auch in der Entscheidung vom 11.1.1929⁵⁾ hat das OLG Celle einen toleranten Standpunkt eingenommen in einem Fall, in dem der eine Sachverständige einen

1) Vgl. aaO. die zustimmende Anm. von Kallfelz.

2) Zit. bei Ebermayer, Der Arzt im Recht, S.125; König-Köstlin aaO., S.54, 67.

3) Liertz-Pfaffrath, S.267 begrüßen ihn.

4) König-Köstlin, aaO., S.68.

5) zit. bei Ebermayer, aaO., S.139.

Kunstfehler bejaht, der andere dagegen verneint hatte.

"Bei der voneinander abweichenden Meinung der beiden Sachverständigen würde dem Beklagten der Vorwurf schuldhafter Pflichtverletzung selbst dann nicht gemacht werden können, wenn man es unentschieden lassen wollte, welcher der beiden Meinungen der Vorzug gebührte. Ein Arzt handle nicht schon deshalb schuldhaft, weil eine Autorität seines Faches anders gehandelt haben würde; daß der Beklagte nicht gegen die anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft und Kunst gehandelt habe, ergebe sich schon aus den Gutachten".

Ebermayer bezeichnet diese Entscheidung im Interesse der Ärzteschaft als erfreulich, hält sie aber nicht für unbedenklich¹⁾.

Auf derselben Linie liegt eine von Hübner-Warneyer²⁾ mitgeteilte Entscheidung des Kammergerichts, die das Vorliegen eines Kunstfehlers dann verneint, wenn bestimmte allgemeine Regeln nicht bestehen.

Bezüglich der vom Arzt gewählten Behandlungsmethode führt das Kammergericht in einer anderen Entscheidung aus³⁾, daß der Arzt seiner eigenen wissenschaftlichen Überzeugung folgen könne und berechtigt sei, von der allgemeinen Regel abzuweichen und denjenigen Methoden zu folgen, die er nach seiner Überzeugung für die richtige halte.

Der Bundesgerichtshof hat sich unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Entscheidungen des Reichsgerichts in Bd. 64, S. 263 ff.; 67, S. 12 ff. und 74, S. 60 ff. dieser Rechtsprechung zur Frage des Nebeneinander mehrerer Heilmethoden angeschlossen. In der Entscheidung

1) König-Köstlin, aaO., S. 71 begrüßen den toleranten Standpunkt und teilen ihn, soweit grundsätzliche Fragen der Therapie zur Diskussion stehen.

2) S. 116 u. Hübner-Drost, Ärztliches Haftpflichtrecht S. 127, ohne nähere Angaben der Daten.

3) Hübner-Warneyer, S. 86 ohne nähere Angaben.

vom 30.9.1955¹⁾ führt er folgendes aus:

"Der von der Schulmedizin abweichende Arzt, der erkennt oder erkennen muß, daß seine Behandlungsweise nicht ausreicht, muß - namentlich bei gefährlichen Krankheiten - das zu ihrer Bekämpfung übliche und erprobte Verfahren anwenden".

Der Bundesgerichtshof betont in den Gründen des Urteils ausdrücklich, daß der Arzt zunächst nicht verpflichtet sei, die von der "Schulmedizin"²⁾ allgemein angewandten Mittel zu verordnen. Unter Bezugnahme auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung verneint auch der Bundesgerichtshof die Verpflichtung des Arztes, das als das wirksamste geltende Mittel auch dann noch anzuwenden, wenn seine auf sachliche Gründe gestützte persönliche Überzeugung mit der überwiegenden Meinung nicht übereinstimme. Der BGH stellt aber dann den wiedergegebenen Leitsatz heraus und spricht von der Pflicht des Arztes, in Fällen der bezeichneten Art die Behandlung aufzugeben oder mindestens einen Facharzt zuzuziehen³⁾. In der Entscheidung vom 17.2.1956⁴⁾ betont der BGH die Pflicht des Arztes, der grundsätzlich Anhänger einer bestimmten Behandlungsmethode ist, in jedem zu behandelnden Einzelfall zu prüfen, ob nicht eine andere Art der Behandlung den Vorzug verdiene, weil sie bei Berücksichtigung aller Umstände eher Erfolg

1) IM Nr.6 zu § 230 StGB; Prokop, Homöopathie und Wissenschaft, S.188 f.

2) Auf die Fragwürdigkeit dieser Begriffsbildung, insbesondere als Gegensatz zur Homöopathie, ist oben schon hingewiesen. Der BGH meint hier mit dem Begriff Schulmedizin im Anschluß an RGSt 67, S.12 ff. die anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft.

3) Vgl. auch Kohlhaas in VersR.1955, S.722.

4) VersR.1956, S.224 f.

verspreche und geringere Gefahren für den Kranken mit sich bringe.

Es handelte sich um die Frage der richtigen Behandlung einer Oberschenkelfraktur, und zwar, ob eine konservative Behandlung in Form eines Gips- und Streckverbandes oder eine operative Therapie (Nagelung) vorzunehmen sei. Der BGH führt dabei zu der Frage der rechtlichen Gleichwertigkeit der beiden in Betracht kommenden Therapien aus, daß diese zwar grundsätzlich zu bejahen sei, im Einzelfall aber der Arzt jeweils die Zweckmäßigkeit seiner sonst gehandhabten Methode prüfen müsse¹⁾. Der Sachverständige hatte in seinem Gutachten betont, daß es auch für den Anhänger des operativen Vorgehens immer wieder Fälle geben werde, bei denen auch der beste Operateur zur konservativen Methode greifen müsse²⁾.

Das OLG Schleswig hatte sich mit einem Fall zu befassen, in dem ein Arzt eine ihm bis dahin unbekannte Behandlungsweise zur Anwendung brachte.³⁾

-
- 1) So auch schon im Urteil vom 10.7.54 in NJW 1956, S.1106 ff. - sog. Elektroschockurteil, das aus anderen, hier nicht interessierenden Gründen sehr umstritten ist. Inwiefern der BGH in diesem U. in der Frage der Therapiewahl zu den Entscheidungen des Reichsgerichts in Widerspruch getreten sein soll, wie Müller in ihrer kritischen Betrachtung in NJW 1956, S.1099 f. behauptet, ist nicht ersichtlich.
 - 2) Leider setzt der BGH in dieser Entscheidung die in BGHZ 8,138 ff. übernommene Begriffsentwicklung des RG fort, wonach der Arzt auch ohne Kunstfehler hafte, wenn er die erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen habe.
 - 3) U. vom 25.5.1949, Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1949, S.293 ff., abgedr. auch bei Marcetius, S.652 f.

"Ein in einer Lübecker Apotheke vorgelegtes Rezept über 100 ccm 1%ige Percainlösung für Sprechstundenbedarf wurde von dieser beliefert. Der angeklagte Arzt injizierte mindestens 30-35 ccm dieser Lieferung bei seinem Patienten, der innerhalb einer Stunde an dieser Injektion starb".

Wenn das Urteil auch nicht die hier erörterte Frage nach der rechtlichen Gleichwertigkeit mehrerer Therapien betrifft, so enthält es in den Gründen doch Ausführungen, die ein Arzt bei der Durchführung neuer Verfahren zu beachten haben wird. Insofern gehört die Entscheidung sachlich noch am Rande zum vorliegenden Problem. In dem Strafverfahren wurde nämlich festgestellt, daß in der "Medizinischen Rundschau" vom November 1947 zur Therapie von Juckreiz ca. 10-20 ccm 1%ige Percainlösung zur Anästhesie der Analgegend empfohlen worden war. Diese Empfehlung enthielt jedoch insofern einen Druckfehler, als von einer 1%igen anstatt einer 1%igen Percainlösung die Rede war. Der Druckfehler war im Dezemberheft 1947 der "Medizinischen Rundschau" unter Fettdruckhinweis auf dem Umschlag des Heftes berichtigt worden.

Da der Angeklagte selbst keine speziellen Fachkenntnisse besaß, wenn er auch wußte, daß Percain zu der Reihe starker Gifte gehörte, und noch nie mit Percain gearbeitet und deshalb keinerlei Erfahrung in der Therapie damit hatte, hielt ihn das Gericht für verpflichtet, besondere Sorgfalt bei der Anwendung zu üben.

"Er durfte sich nicht ohne jede Nachprüfung und ohne eigenes Nachdenken auf einen Artikel verlassen, auch wenn dieser einen Erfahrungsbericht aus einer Universitätsklinik brachte und in einer fachwissenschaftlichen Zeitschrift veröffentlicht war. Er mußte vielmehr, bevor er die ihm empfohlene Behandlungsweise übernahm, sich darüber vergewissern, ob und unter

welchen Voraussetzungen er dies ohne Gefährdung eines Patienten tun könne".

Nach der Feststellung, daß dem Arzt zum Zeitpunkt der Behandlung das Dezemberheft mit der Druckfehlerberichtigung schon vorgelegen habe, führt das OLG Schleswig weiter aus:

"Wenn schon der Angeklagte glaubte, sich bei der Anwendung einer ihm völlig neuen Behandlungsmethode lediglich auf eine einzige Beschreibung derselben in einem Aufsatz einer Zeitschrift verlassen zu dürfen, so kann ihm der Vorwurf nicht erspart werden, daß er die Zeitschrift nicht fortlaufend gelesen hat".

§ 10

Das Schrifttum

König-Köstlin haben das Problem der Gleichwertigkeit mehrerer Therapien als erste näher erörtert¹⁾. Unter den gegebenen medizinischen Verhältnissen müsse dem Arzt in der Therapie grundsätzlich freie Hand gelassen werden. Sie betonen wie das Reichsgericht die Fortbildungspflicht eines jeden Arztes, und sehen in der Anwendung eines noch unerprobten Verfahrens dann kein vorwerfbares Verhalten, wenn die "Methode durchdacht ist und die Überlegungen und Erwägungen durch physiologische, experimentelle und anatomische Gründe, soweit möglich, nachgeprüft wurde"²⁾.

1) Haftpflicht des Arztes, S.67 ff.

2) Kern, Der Landarzt, 1957, S.211 f., führt dazu allerdings aus: "Für die Richtigkeit einer Heilmethode spricht zu allererst der praktische Erfolg". Der wissenschaftliche Nachweis könne von einem praktischen Arzt nicht verlangt werden, da

Die Rechtsprechung zur Frage mehrerer Heilmethoden billigen König-Köstlin, wenden sich jedoch gegen die einseitige Berücksichtigung des guten Glaubens und der Selbstüberzeugung des behandelnden Arztes und betonen, daß es nicht die Aufgabe der Rechtsprechung sei, über die medizinische Richtigkeit von Heilmethoden zu entscheiden.

"So muß auf diesem Gebiete grundsätzlicher therapeutischer Fragen größte Freiheit herrschen, um im Interesse der kranken Menschheit eine Erstarrung zu vermeiden. Die Rechtsprechung muß sich entsprechend zurückhalten. Ein fehlerhaftes Urteil zugunsten des Arztes wäre eher tragbar als eine zu strenge, die Entwicklung abschneidende Rechtsprechung" (1).

Liertz-Pfaffrath²⁾ billigen die Ausführungen des Reichsgerichts in Bd.67, S.12 ff. Auf einen Streit zwischen verschiedenen Schulen und Richtungen innerhalb der ärztlichen Wissenschaft komme es aber dann nicht an, wenn es sich um allgemein anerkannte Erfahrungen der ärztlichen Wissenschaft handle, die insbesondere statistisch erhärtet seien³⁾. Der Arzt müsse

dieser sich aus wirtschaftlichen Gründen kein entsprechendes Labor leisten könne. Vielmehr obliege der wissenschaftliche Nachweis den hierfür eingerichteten staatlichen Instituten.

- 1) aaO., S.74. Vgl. auch den Aufsatz von König in JW 1938, S.345, in dem er sich gegen Kallfelz in JW 1937, S.3090 wendet, der die Serumtherapie der Diphtherie als unumstrittene, einzig erfolgversprechende Behandlung bezeichnet hatte. Vgl. auch die Erwiderung von Kallfelz in JW 1938, S.347 f.
- 2) Handbuch des Arztrechts, S.268 f., 276 f.
- 3) Für die Appendicitis macht Bohne in JW 1933, S.1774 Zahlenangaben über die Mortalität, aus denen sich die größere Erfolgsaussicht der operativen Therapie ergebe. So auch Haberland, MMW, 1938, S.281 f. Die Rspr. verwendet bei der vorliegenden Frage keine Statistiken.

auch dann, wenn er grundsätzlich Anhänger eines bestimmten Verfahrens, so etwa des Naturheilverfahrens sei, in jedem einzelnen Fall prüfen, ob seine Methode nicht gerade hier versagen müsse¹⁾. Welche Therapie im Einzelfall gewählt werde, hänge vom Arzt und von den eigenen Erfahrungen ab, die er mit den verschiedenen Heilmethoden gemacht habe. Der Arzt müsse aber bestehende anerkannte Regeln beachten, sich auf dem laufenden halten und nicht aus Bequemlichkeit oder Hochmut bei alten Methoden bleiben, wenn neue erfolgreicher seien. Erst recht dürfe er nicht an Verfahren festhalten, die sich als verkehrt erwiesen hätten. Wenn der Arzt eine Therapie anwende oder unterlasse, die von berufenen Vertretern der medizinischen Wissenschaft praktiziert und an Hochschulen gelehrt werde, so sei ihm daraus kein Vorwurf zu machen. Liertz-Pfaffrath bejahen die Pflicht des Arztes zur Anwendung einer bestimmten Therapie ebenfalls nur dann, wenn feste Regeln bestehen.

Eberhard Schmidt betont insbesondere die Schwierigkeiten, die schon bei der Feststellung von Kunstfehlern bei Meinungsverschiedenheiten unter den Medizinern entstehen können.²⁾ Den Ausgangspunkt, den das Reichsgericht in dieser Frage bei der "Kurierfreiheit" gesucht hat, hält Eb.Schmidt für bedenklich, bezeichnet die vom Reichsgericht angewandte Methode unter ausdrücklichem Hinweis auf die den Leitsatz wesentlich einschränkenden Urteilsgründe aber doch als geeignet, den tatrichterlichen Instanzen brauchbare Gesichtspunkte für die Feststellung eines Kunstfehlers zu liefern. Er betont den vom Reichsgericht

1) Liertz-Pfaffrath, aaO., S.271 .

2) Der Arzt im Strafrecht, S.141 ff.

geforderten "Vergleich der Erfolgsaussichten"¹⁾, der wohl zum besten Ergebnis führe.

Bestehe die Möglichkeit, daß die medizinische Auffassung eines unter Anklage stehenden Arztes überhaupt mit sachlichen Gründen gestützt werden könne, so werde das Gericht die Verantwortung dafür, daß eine dieser Auffassung entsprechende Maßnahme als Kunstfehler bezeichnet wird, nur schwer auf sich nehmen können. Die Frage der Methoden sei immer nur für den konkreten Fall zu beantworten und im Hinblick auf ihn zu prüfen, ob überhaupt ein medizinischer Meinungsstreit oder Richtungsgegensatz eine Rolle spiele. Böten die Sachverständigengutachten keine Möglichkeit, die größeren Erfolgsaussichten des einen oder anderen Verfahrens zu beurteilen, so gelte für den Juristen der Satz: "in dubio pro reo"²⁾. Englisch³⁾ will dem Arzt nicht unbedingt einen Vorwurf machen, der eine Behandlung noch nicht oder nicht mehr anwendet, wenn und so lange noch berechtigte Meinungsverschiedenheiten über diese Behandlungsart bestehen oder wenn Zweifel an der Richtigkeit eines bisher allgemein geübten Verfahrens auftauchen. Er befürwortet unter Berufung auf die Entscheidung in RGSt 67, S.12 ff. ein gewisses "Toleranzprinzip", das seine Grenzen in den vom Reichsgericht gezogenen Schranken finden müsse. Der Arzt habe also diejenigen

1) aaO., S.147.

2) aaO., S.152. Denselben Standpunkt zu dem gesamten Problemkreis vertritt Eb.Schmidt auch in Ponsold, S.47 ff. und in der DMW 1947, S.145 ff. Vgl. auch Perret, Arzthaftpflicht, S.104 und das dort mitgeteilte Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 31.3.1937.

3) Langenbecks Archiv, Bd.273, 1952, S.434 ff.

Grundsätze zu beachten, die von den Vertretern des von ihm selbst angewandten Verfahrens allgemein anerkannt seien, und er habe eine Fortbildungspflicht, derzufolge er seine Therapie ständig nachprüfen müsse. Engisch warnt schließlich unter Billigung des reichsgerichtlichen Standpunktes vor einem zu großen Vertrauen der Ärzteschaft in dieses Toleranzprinzip, mit dem keineswegs jedem Schlendrian und jeder Gewissenlosigkeit Tür und Tor geöffnet werden solle. Auch in "Fehler und Gefahren bei chirurgischen Operationen"¹⁾ billigt Engisch die reichsgerichtliche Rechtsprechung mit den erwähnten Einschränkungen. In gewissen Grenzen gebe es also eine "Gleichwertigkeit der Therapien".

Auch Böhne²⁾ bejaht in den vom Reichsgericht abgesteckten Grenzen eine Gleichwertigkeit der Therapien, "solange überhaupt noch förderliche Auseinandersetzungen zwischen den Lehrmeinungen ausgetragen werden". Jedenfalls sei der Richter am wenigsten die Instanz, der einen oder anderen Therapie den Vorzug zu geben. Die von Böhne in JW 1933, S.1774 geübte Kritik an der Entscheidung des Reichsgerichts in RGSt 67, S.12 ff. betrifft nicht so sehr dessen grundsätzliche, tolerante Stellungnahme, vielmehr die zur Frage der sachgemäßen Behandlung der Appendizitis gemachten Ausführungen. Selbst bei Anerkennung der reichsgerichtlichen Grundsätze könne man in der Behandlung seitens des Angeklagten keine Heilbehandlung sehen, weil er selbst bei Zulässigkeit der konservativen Methode Fehler begangen habe.

Neuerdings hat sich auch Kohlhaas³⁾ mit dem Problem auseinandergesetzt. Im Rahmen der reichsgerichtlichen Grundsätze bejaht auch er eine Gleichwertigkeit

1) S.1539 f.

2) **Forensische Zahnheilkunde**, S.66 f.

3) **VersR.** 1955, S.721 f.; ebenso in **Kuhns**, I, S.607.

nebeneinander geübter Methoden und betont mit dem Bundesgerichtshof¹⁾ die Pflicht des Arztes zur Anwendung des bisher abgelehnten, jedoch erprobten und verbreiteten Verfahrens, sobald der Zustand des behandelten Patienten erkennbar anders als vorge-sehen ablaufe und eine Wendung zum Schlimmen nehme. Die Prüfung der Frage, ob eine andere Behandlung als die vorgenommene zu einem anderen Erfolg geführt haben würde, erfordere einen Vergleich der Erfolgsaus-sichten. Der Arzt sei zur ständigen Fortbildung ver-pflichtet, die praktisch allerdings nicht so einfach durchführbar sein könne²⁾. Im Einzelfall könne ein grundsätzlicher Richtungsgegensatz oft gar nicht von Bedeutung sein, denn auch die Homöopathie vertrete die Auffassung, daß es Fälle gebe, in denen auf allo-pathische Mittel³⁾ oder auf operatives Vorgehen⁴⁾ nicht verzichtet werden könne. Auch Mezger⁵⁾ schließt sich unter Berufung auf Eb. Schmidt, insbesondere hinsichtlich des Vergleichs der Erfolgsaussichten den in der Rechtsprechung des Reichs-gerichts vertretenen Grundsätzen an⁶⁾.

1) U.v.30.9.1955, LM Nr.6 zu § 230 StGB.

2) VersR.1955,S.721; vgl. auch Perret in Med.Klin. 1958,S.94 f.

3) z.B.Antibiotika.

4) So im Falle einer bei Appendizitis drohenden Peritonitis, die mit homöopathischen Mitteln nicht aufgehalten worden ist.

5) Dt.Z.f.ger.Med.Bd.42, 1953, S.371 f.

6) Neuerdings berichtet von medizinischer Seite wieder Reichenbach in HNO,Beihefte z.Ztschr.für Hals,- Nasen-u.Ohrenheilk.,Bd.8,Heft 1, 1959 von einem Fall, in dem es um die Frage der Luft-einblasung bei Kieferhöhlenpunktion ging. Ein Arzt, der seit 30 Jahren eine bestimmte Methode geübt hatte - auch noch zu einer Zeit, als die überwiegende Zahl der Fachvertreter diese als

§ 11

Grenzen der Gleichwertigkeit

Eine kasuistische Abhandlung von Fällen, in denen bei der Therapiewahl medizinisch fehlerhaft bzw. kunstgerecht verfahren worden ist, kann im Rahmen einer juristischen Untersuchung nicht erfolgen. Gerade die Entscheidung der Frage, ob ein Arzt bei der Wahl der Behandlungsmethode einen Kunstfehler begangen hat, hängt bei der oben dargelegten konkreten Betrachtungsweise des Kunstfehlers so weitgehend von der Augenblickssituation und den persönlichen Verhältnissen des Arztes ab, daß eine kasuistische Darstellung zur Lösung des Rechtsproblems nicht beizutragen geeignet wäre¹⁾.

Aus der einschlägigen Rechtsprechung und dem Schrifttum läßt sich der Schluß ziehen, daß, soweit es keine festen Regeln gibt, grundsätzlich freie Therapiewahl herrscht, also auch eine rechtliche Gleichwertigkeit besteht.

Soweit Regeln bestehen, die weitaus überwiegend anerkannt sind, wird der Grundsatz der freien Therapiewahl insoweit eingeschränkt, als der Arzt von einem anerkannten und erprobten Verfahren nur dann abweichen darf, wenn sachliche Gründe vorliegen. Das Reichsgericht spricht in diesem Zusammenhang auch von "wohlerwogenen"²⁾ oder "gewichtigen"³⁾ Gründen,

zu gefahrvoll abgelehnt hatte -, verursachte den Tod eines Patienten. Die Frage war auch hier, ob ein Arzt ein jahrelang erprobtes Verfahren noch dann anwenden darf, wenn die neuere Erkenntnis auf einem anderen Standpunkt steht. Das Verfahren gegen den Arzt wurde von der Staatsanwaltschaft auf Grund des Sachverständigengutachtens eingestellt, in dem das Vorgehen zwar als unzumutbar, doch nicht unüblich bezeichnet wurde.

meint mit diesen Formulierungen jedoch stets dasselbe: Bei Bestehen von Regeln muß das Abgehen von der bewährten Methode sachlich fundiert sein. Solche sachlichen Gründe werden vom Reichsgericht nur da angenommen, wo der Arzt im Einzelfall von dem anerkannten Heilmittel oder -verfahren anderweitige Gefahren für den Patienten befürchtet oder er aus wohl-erwogenen Gründen an die weithin anerkannte Wirksamkeit nicht glaubt. Dabei spielen eigene Erfahrungen des Arztes eine wesentliche Rolle. Hat er bisher mit dem allgemein geübten Verfahren Mißerfolge gehabt, mit seiner abweichenden Methode aber Erfolge erzielt, so werden diese Umstände den sachlichen Gründen eine medizinisch begründete Basis geben können. Erfolgsstatistiken können in diesem Rahmen berücksichtigt werden¹⁾ .

Dabei ist der von der üblichen Methode abweichende Arzt in besonderem Maß zu einer laufenden Prüfung verpflichtet, ob nicht in dem einzelnen Fall die weithin anerkannte Behandlungsart einen sichereren, schnelleren und weniger gefährvollen Erfolg verspricht. Gelangt der Arzt oder muß er angesichts des Krankheits- bzw. Heilungsverlaufs zu der Über-

1) Kohlhaas, VersR. 1955, S.721 f.

2) JW 1931, S.1483.

3) JW 1936, S.3112.

1) Liertz-Pfaffrath, S.276. Vgl. aber Katsch, Der therapeutische Imperativ des Arztes, S.83. "Gegen die Zahlengläubigkeit in der Medizin". Wo es um ärztliches Urteil und Handeln gehe, dürften Zahlen nicht überbewertet werden. Wer in der Medizin das Operieren mit Zahlen und strengen Zahlenregeln für wissenschaftlich halte, erlebe Enttäuschungen. "Der wahrhaft wissenschaftlich erzogene Mediziner wird niemals zahlengläubig sein".

zeugung gelangen, daß es bessere Methoden gibt, mit denen er nicht vertraut ist, so ist er verpflichtet, einen Kollegen beizuziehen oder die Behandlung ganz aus seiner Hand zu geben.

Gibt es für eine bestimmte Krankheit ein anerkannt spezifisches Heilmittel, das im Verhältnis zu allen anderen besonders wirksam ist, so ist der Arzt verpflichtet, es anzuwenden.

Damit der Arzt stets auf dem laufenden bleibt, trifft ihn eine besondere Fortbildungspflicht, die jedoch ihre vernünftigen Grenzen haben muß. Unter Mitteilung von Zahlenmaterial hat Perret¹⁾ anschaulich dargestellt, auf welche Schwierigkeiten die Erfüllung der ärztlichen Fortbildungspflicht stoßen kann. Angesichts der Flut von medizinischen Büchern und Fachzeitschriften und der großen Zahl von Kongressen und Kursen sei es nur zu verständlich, daß der Arzt das vom grünen Tisch aus "erforderliche" Soll an laufender Fortbildung nicht erfüllen könne.

Der Jurist kann an diesen praktischen Gegebenheiten in der Tat nicht vorbeigehen, und die an einen Praktiker zu stellenden Forderungen hinsichtlich der Fortbildung sind daher in vernünftigen Grenzen zu halten. Denn der Vorwurf mangelnder Fortbildung kann den Arzt deshalb leicht treffen, weil in "jedem Schadensfall, bei jeder Komplikation möglicherweise schon ein Parallelfall und die Möglichkeiten seiner Vermeidung" beschrieben sind²⁾.

Hinsichtlich neuer Medikamente ist der Arzt in aller Regel von der eigenen Verantwortung bei der Verordnung entbunden, wenn sich das Mittel im Handel befindet.

1) Med.Klin. 1958, S.94 f.

2) Perret, aaO. Vgl. zur Fortbildungspflicht auch Kohlhaas in VersR. 1955, S.721 f.

In der täglichen Arztpraxis spielt in diesem Zusammenhang die sog. "Rote Liste" eine Rolle, die vom Bundesverband der Pharmazeutischen Industrie herausgegeben wird. Die Liste enthält in alphabetischer Reihenfolge die von den Mitgliedern des Verbands zur Aufnahme angemeldeten Präparate mit Angaben über die Zusammensetzung, Indikation und Dosierung. Für den Juristen ist von Bedeutung, daß ein Nachweis der therapeutischen Wirksamkeit der angemeldeten und in der Liste enthaltenen Präparate nicht gefordert wird. Die Beurteilung eines Präparats durch die sog. "Arzneimittelkommission der Deutschen Ärzteschaft" und andere ärztliche Gremien oder einzelne Kliniken ist für die Aufnahme in die Liste demgemäß nicht entscheidend. Für die Auswahl des verordneten Präparats ist daher, soweit es sich um neue Heilmittel handelt, stets der Arzt verantwortlich, "der dabei die der Entwicklung unterworfenen Regeln der ärztlichen Kunst und seine eigenen Erfahrungen berücksichtigen muß"¹⁾. Der Arzt wird sich jedoch darauf verlassen dürfen, daß das Präparat die vom Hersteller angegebene Zusammensetzung aufweist und eine pharmakologische Prüfung an einem größeren Material erfolgt ist. Für den Arzt ist es schließlich nicht zumutbar, in der Regel auch nicht möglich, von sich aus nochmal Untersuchungen anzustellen²⁾.

Den Stellungnahmen und Gutachten ärztlicher Gremien kommt zunächst nur im Rahmen der Fortbildungspflicht eine gewisse Bedeutung zu, sie können den in der Praxis tätigen Arzt aber weder zur Anwendung einer bestimmten Behandlungsweise verpflichten bezw. ihn davon abhalten noch ihn der Verantwortung für sein

1) Vgl. Vorwort "Rote Liste" 1959.

2) Schlemmer, DMW 1955, S.295; Bohne, Forensische Zahnheilkunde, S.61.

Vorgehen entheben.

Die Bundesärztekammer hat einen repräsentativen "Wissenschaftlichen Beirat" gebildet, dem die Vertreter von 36 deutschen Fachgesellschaften angehören¹⁾. Unter anderem bezieht der Beirat auch Stellung zu neuen therapeutischen Verfahren. Er tut dies in einer Form, die den Schluß nahe legen könnte, es handle sich um verbindliche Richtlinien²⁾. So warnt der Beirat etwa vor der Frisch- und Trockenzellentherapie und bezeichnet die Akupunktur und die Elektro-Neural-Medizin als Methoden, die nicht als wissenschaftlich anerkannt bezeichnet werden könnten. Eine unmittelbare rechtliche Verpflichtung der Ärzteschaft, ein empfohlenes Verfahren anzuwenden bzw. die Durchführung eines abgelehnten Verfahrens zu unterlassen, entsteht jedoch durch die Stellungnahme des Beirates nicht. Außer im Rahmen der Fortbildungspflicht haben sie allenfalls rechtliche Bedeutung hinsichtlich der Bestimmung des § 368 e RVO, der die Kostentragung der Krankenkassen für die ärztliche Versorgung regelt. Die Bestimmung wird aber ausschließlich von dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit getragen, der bei der Beurteilung, ob die

-
- 1) Die BÄK stellt heute noch einen privatrechtlichen Zusammenschluß der Ärztekammern des Bundesgebiets in Form eines nicht rechtsfähigen Vereins dar, eine Übergangslösung, die historisch und verfassungsrechtlich begründet ist (dazu Redeker in Kuhns, I, S.309 f.); im Bundesinnenministerium sind bereits Bestrebungen im Gange, der BÄK die Eigenschaft einer Körperschaft des öffentlichen Rechts zu verleihen.
 - 2) Vgl. etwa ÄM 1957, S.1062: Stellungnahmen des Beirats zur Zellulärtherapie, Bogomoletz-Serum, Radio-Jod-Test, Röntgenuntersuchung der Lunge, Akupunktur, Elektro-Neural-Medizin und Fragen der ästhetischen Medizin.

Wahl einer Therapie fehlerhaft war oder nicht, jedoch ausscheiden muß¹⁾.

Die Stellungnahmen der "Arzneimittelkommission der deutschen Ärzteschaft" haben in erster Linie auch nur kassenrechtliche Bedeutung²⁾.

Den ärztlichen Gremien kommt jedoch eine wichtige Funktion als Bindeglied zwischen der medizinischen Wissenschaft und der ärztlichen Praxis zu, "in denen medizinische Probleme aus der Sicht der verschiedensten Fachrichtungen der Medizin einer umfassenden Beurteilung zugeführt werden, die für die praktizierende Ärzteschaft besonders wichtig und wertvoll ist"³⁾. So gibt es also weder juristische noch medizinische Gremien, die die Anwendung einer bestimmten Behandlungsmethode verbindlich festlegen können. Bei der Vielfalt der Methoden hat sich auch der Gesetzgeber stets einer Festlegung der Methoden enthalten, die eine unübersehbare Kasuistik erfordern würde. Lediglich in einigen Sonderfällen, die RGSt 64, S. 270 und 67, S. 12 ff. aufzählt, werden bestimmte Heilmethoden verboten und bestimmte vorgeschrieben⁴⁾. Gewisse Richtlinien für neuartige Heil-

1) Vgl. RG-Urteil v. 21.6.1940 bei Hübner-Drost, S. 195.

2) siehe die Bestimmungen des Reichsarbeitsministers über wirtschaftliche Arzneiverordnung in der Krankenversicherung vom 24.8.1935 - Reichsarbeitsbl. 1935, S. 331. Die Kassenärztlichen Vereinigungen, die im Auftrag der Krankenkassen mit den Ärzten abrechnen, werden sich also auf die Stellungnahmen des Wissenschaftlichen Beirats der BÄK oder der Arzneimittelkommission berufen können. Auf die rechtliche Gleichwertigkeit mehrerer Behandlungsmethoden hat das jedoch keinen Einfluß.

3) Neuffer, AM 1957, S. 1062.

4) z.B. § 7 Abs. 1 des Gesetzes zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten, der jede Fernbehandlung verbietet. Abgesehen davon ist die Fernbehandlung ohne Autopsie standesrechtlich unzulässig.

behandlungen enthält das Rundschreiben des Reichsinnenministeriums vom 28.2.1931¹⁾ Einige Teile seien hier wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung wiedergegeben:

"Die ärztliche Wissenschaft kann - wenn sie nicht zum Stillstand kommen soll, nicht darauf verzichten, in geeigneten Fällen eine Heilbehandlung mit neuen, noch nicht ausreichend erprobten Mitteln und Verfahren einzuleiten. ... Jede neuartige Heilbehandlung muß in ihrer Begründung und ihrer Durchführung mit den Grundsätzen der ärztlichen Ethik und den Regeln der ärztlichen Kunst und Wissenschaft in Einklang stehen. Stets ist sorgfältig abzuwägen, ob die Schäden, die etwa entstehen können, zu dem zu erwartenden Nutzen im richtigen Verhältnis stehen. Eine neuartige Heilbehandlung darf nur vorgenommen werden, wenn sie vorher, soweit möglich, im Tierversuch geprüft worden ist".

§ 12

Eigene Stellungnahme

Bei der geschilderten Sachlage empfiehlt es sich, auf therapeutischem Gebiet nur dann von Kunstfehlern zu sprechen und den Arzt strafrechtlich verantwortlich zu machen, wenn er gegen wirkliche Grundsätze verstoßen hat. Nur soweit unwandelbare naturgesetzliche Tatsachen und Methoden außer Acht gelassen werden, sollte hier von Kunstfehlern gesprochen werden.

In der Reichsgerichtsentscheidung vom 1.12.1931 klingt dieser Gedanke auch schon an, wenn von der Pflicht des Arztes die Rede ist, "die anerkannten Grundsätze" der Heilkunde zu beachten, so z.B. bei

1) Reichsgesundheitsblatt 1931, S.174 .

fieberhaften Erkrankungen Fiebermessungen durchzuführen. Auch König-Köstlin¹⁾ haben eine solche Beschränkung im Auge, wenn sie von "grundsätzlichen Fragen" der Therapie sprechen. Bei den Beratungen der Großen Strafrechtskommission hat dieser Gesichtspunkt ebenfalls eine Rolle gespielt, wenn die Pflicht des Arztes betont wurde, "die bisher gesicherten Grundsätze einzuhalten"²⁾. Der Arzt könne nicht plötzlich ohne sterile Instrumente arbeiten.

Dabei ist es gar nicht erforderlich, von "absoluten Kunstfehlern" zu sprechen, wie es Kratter getan hat³⁾, vielmehr kann und muß um der Klarheit der Begriffe willen an der oben dargelegten Kunstfehlerdefinition festgehalten werden.

Dem Richter erwachsen dadurch keine neuen Schwierigkeiten, die Beschränkung auf grundsätzliche Verstöße wirkt sich bei der Prüfung therapeutischer Maßnahmen nur dahin aus, daß der Sachverständige das grundsätzliche Vorgehen des Arztes auf seine Vereinbarkeit mit den Regeln der ärztlichen Wissenschaft zu prüfen hat. Über die Frage, was als Grundsatz in diesem Sinn zu betrachten ist, wird in der medizinischen Wissenschaft auch eher Einigkeit herrschen.

Freilich gewährt diese Beschränkung dem Arzt auf therapeutischem Gebiet einen weiten Spielraum, innerhalb dessen er nach freiem ärztlichen Ermessen seine Wahl treffen kann. Dieses freie Ermessen findet seine Schranken jedoch in den vom Reichsgericht entwickelten und vom Schrifttum bejahten Grenzen. "Dem in das Ermessen des Arztes gestellten therapeutischen Handeln haben medizinisch-wissenschaftliche Überlegungen voran-

1) aaO., S. 70 f.

2) Niederschriften, Bd. 7, S. 196.

3) Nach Müller-Hess, Dt. Z. f. ger. Med. Bd. 42, 1953, S. 349.

zugehen. Hier ist für Ermessen kein Raum" ¹⁾).

So führt die Gleichwertung nicht zur Beseitigung aller Maßstäbe und gewährleistet dem Arzt andererseits in der Therapie die Freiheit, die er zu einer erfolgreichen und individuell auf den einzelnen Patienten abgestimmten Behandlungsweise benötigt.

Daß der Aufklärungspflicht in dem gesamten Fragenkreis eine ganz besondere Bedeutung zukommt, ist bisher absichtlich nicht erwähnt worden, um die Problemkreise nicht auf Kosten der Frage nach der rechtlichen Gleichwertigkeit der Therapien zu verwischen.

Diese besondere Pflicht des Arztes, die bei der Therapiewahl insbesondere bei medizinischen Meinungsverschiedenheiten, Richtungsgegensätzen und Anwendung von Außenseitermethoden eine Rolle spielt, wird von der Rechtsprechung und dem Schrifttum immer wieder betont. Die Aufklärungspflicht im Zusammenhang mit einem Nebeneinander von Therapien ist daher noch näher zu prüfen.

1) Schellworth, Der medizinische Sachverständige, 1958, S.192.

§ 13

Die ärztliche Aufklärungspflicht hinsichtlich
der Therapie

I. Die Aufklärungspflicht im allgemeinen

Wissenschaft und Rechtsprechung sind sich heute darin einig, daß ein ärztlicher Eingriff nur dann rechtmäßig ist, wenn er indiziert, kunstgerecht durchgeführt und von der Einwilligung des Patienten getragen ist. Eine wirksame, den Arzt entlastende Einwilligung erfordert aber eine klare Einsicht des Patienten, die wiederum eine entsprechende Aufklärung des Arztes voraussetzt. "Eine den Arzt entlastende Einwilligung des Patienten liegt nur vor, wenn der Patient aus klarer Einsicht in seine Lage der Operation zustimmt. Diese Einsicht aber kann nur der Arzt selbst dem Patienten verschaffen. Das heißt: dem Arzt liegt dem Patienten gegenüber eine praktisch höchst bedeutsame Aufklärungspflicht ob"¹⁾. Neben der Aufklärungspflicht über den Befund besteht nach herrschender Meinung eine solche über die möglichen Gefahren der Therapie²⁾.

1) Eb.Schmidt in Ponsold, S.37 f. Vgl. zur Aufklärungspflicht auch Engisch, Fehler und Gefahren, S.1526 ff.; Friedrich in VersR. 1954, S.329 f.u. S.380 ff. mit weiterer Literatur und Rechtsprechung; Göppinger, Fortschritte der Neurologie usw. Bd.24, 1956, S.53 ff.; Goldbach, Dt.Z.f.ger. Med. Bd.42, 1953, S.377.

2) Vgl. insbesondere Friedrich, aaO., S.380 ff.

II. Die Aufklärungspflicht hinsichtlich der Therapie.

Im vorliegenden Zusammenhang interessiert vor allem die Frage, ob und gegebenenfalls welchen Einfluß medizinische Meinungsverschiedenheiten oder Richtungsgegensätze auf den Umfang der Aufklärungspflicht haben.

Das Reichsgericht hat in der Entscheidung vom 1.12.31¹⁾ dazu ausgeführt:

"Der erkennende Senat hat aus Anlaß dieses Falles weiter erwogen, ob und in welchem Umfang für den Heilkundigen gegenüber dem Kranken oder dessen Angehörigen eine Aufklärungspflicht über andere, von ihm nicht angewendete Heilverfahren besteht. Der III. Zivilsenat hat in einem Urteil vom 18.1.1929, in dem ein von der herrschenden Meinung abweichendes Diagnoseverfahren in Frage stand, zum Ausdruck gebracht, der Beklagte - ein Arzt - hätte seine lediglich von einer Minderheit ärztlicher Theoretiker und Praktiker vertretene Methode nur dann anwenden dürfen, wenn der Kranke darüber aufgeklärt worden und damit einverstanden gewesen wäre; daraus, daß der Kranke einen als Naturheilkundigen bekannten Arzt aufgesucht habe, sei keineswegs als erwiesen anzusehen, daß er bei entsprechender Belehrung eine nach den 'Grundsätzen der Schulmedizin' vorzunehmende Untersuchung abgelehnt hätte.

Nach Annahme des erkennenden Senats ist - vom strafrechtlichen Standpunkt aus betrachtet - ein Heilkundiger, der bewußt ein anderes als das von der ärztlichen Wissenschaft weitaus überwiegend anerkannte Untersuchungs- oder Heilverfahren anwenden will, zum mindesten verpflichtet, den Kranken oder einen

1) RGSt 67,12 ff.(24); RGSt 66,181 (183); RG in HRR 1937,Nr.1429, 1938,Nr.857. Bei Anwendung des allgemein gebräuchlichen Verfahrens hat das Reichsgericht umgekehrt in einem Urteil vom 27.10.1931 (Warneyer 1932,S.145 f.) eine besondere Aufklärungspflicht hinsichtlich der Therapie abgelehnt.

diesen vertretenden Angehörigen auf eine Frage, ob nicht ein anderes Verfahren geboten sei oder ein Arzt zugezogen werden müsse, dahin aufzuklären, daß das von ihm beabsichtigte oder angewendete Verfahren von den Vertretern der medizinischen Wissenschaft weitaus überwiegend abgelehnt wird. Es bedarf kaum der Hervorhebung, daß hierbei nicht etwa an eine irgendwie eingehende wissenschaftliche Belehrung zu denken ist". (1)

Auch in der Entscheidung vom 19.3.1937²⁾ spielte die Frage der Aufklärungspflicht im Zusammenhang mit mehreren zur Verfügung stehenden Heilmethoden eine Rolle. Es handelte sich um einen Fall, in dem ein homöopathischer Arzt bei Diphtherie von der Serumtherapie Abstand genommen hatte, ohne die Eltern als gesetzliche Vertreter der Patienten - es waren Kinder - darüber aufzuklären. Das Reichsgericht hat in diesem Fall ausgeführt, daß der Arzt insbesondere bei Zweifelsfragen zu einer erweiterten Aufklärung verpflichtet sei. Die in der Regel gebotene Aufklärung dürfe der Arzt nicht schon aus "Bequemlichkeit oder sonstigen unsachlichen Erwägungen", auch nicht schon aus grundsätzlicher Ablehnung der gegenteiligen Meinung in den hier erörterten Meinungsverschiedenheiten unterlassen. Er müsse vielmehr triftige Gründe haben, die in den besonderen Umständen des Falles liegen. Unter Beachtung aller Umstände müsse der Arzt daher selbst abwägen, welche Interessen im Einzelfall höher zu bewerten seien und danach allein die Entscheidung treffen. In dem zu entscheidenden Fall hat das Reichsgericht solche triftigen Gründe bejaht.

1) Vgl. Ebermayer, Arzt im Recht, S.89; Eb.Schmidt in Ponsold, S.50 f. Die vom RG angezogene Entscheidung vom 18.1.1929 ist nicht veröffentlicht.

2) JW 1937, S.3087

Kallfelz¹⁾ kritisiert diese Entscheidung und betont, daß jede Nichtanwendung einer in der Praxis so erprobten und bewährten Behandlungsweise - nämlich der Serumtherapie bei Diphtherie - eine restlose Aufklärung zur unbedingten Voraussetzung haben müsse. In einem solchen Fall müsse der Patient selbst entscheiden können, ob er den allgemeinen, bewährten Weg oder den besonderen des betreffenden Arztes gehen wolle. Wenn dies schon im allgemeinen gelte, so erst recht in einem Krankheitsfall von besonderer Gefährlichkeit und möglichen Folgeerscheinungen. Hier bestehe ein unlösbarer Zusammenhang zwischen besonderer Heilmethode und einer erhöhten Aufklärungspflicht.

Eberhard Schmidt²⁾ hält die wiedergegebenen Ausführungen des Reichsgerichts deshalb für bedenklich, weil die Frage der Aufklärung des Patienten über die Behandlung und der Einwilligung in die Behandlung mit der Frage, ob ein ärztliches Verhalten medizinisch fehlerhaft sei, also einen Kunstfehler darstelle, nichts zu tun haben sollte. Eine Verbindung der beiden Problemkreise sei um so unverständlicher, als das Reichsgericht selbst in einem Urteil vom 14.4.1916³⁾ ausgeführt habe:

"Der Kranke mag für seine Person sich behandeln lassen dürfen wie er will und von wem er will. Da er gegen sich selbst keine rechtlichen Verpflichtungen hat, wird er, von besonderen Verhältnissen abgesehen, in der Regel auch dann

1) JW 1937, S.3087.

2) Arzt im Strafrecht, S.149 ff. u.Ponsold, S.50 f.

3) RGSt 50,37 ff. (fahrlässige Tötung bei Ausübung des Heilverfahrens nach den Grundsätzen der christlichen Wissenschaft - Gesundbeten).

kein Unrecht begehen, wenn er sich in völlig zweckwidriger Weise und unter Mißachtung anerkannter Regeln der Gesundheitslehre behandeln läßt. Auf dieses Selbstbestimmungsrecht des Kranken kann sich indessen der Dritte, der die Krankheit eines anderen zu heilen übernommen hat, nicht berufen".

Die Zustimmung des Patienten zu einer fehlerhaften Behandlung mit schädigenden Folgen beseitigt daher weder die Bedeutung dieser Behandlung als eines ärztlichen Kunstfehlers noch nehme sie dem Arzt die Verantwortung.

In der Tat hat es nicht zur Klärung des Problems beigetragen, daß das Reichsgericht wiederholt die Gesichtspunkte, von denen die Sachgemäßheit ärztlichen Vorgehens abhängt, von der Frage der Eigenmächtigkeit des behandelnden Arztes nicht scharf genug getrennt hat. Soweit ist die Kritik Eb.Schmidts berechtigt.

Andererseits übersieht Schmidt, worauf Engisch¹⁾ zutreffend hinweist, daß gerade über die Frage des Kunstfehlers Meinungsverschiedenheiten bestehen können. Wenn ein Kunstfehler vorliegt, wird dieser durch die Zustimmung des Patienten natürlich nicht beseitigt²⁾. Selbstverständlich ist die Frage nach sachgemäßem ärztlichen Verhalten von der nach der Aufklärung und der auf ihr beruhenden Einwilligung des Patienten scharf zu trennen. Die Prüfung der

1) Langenbecks Archiv, Bd.273, 1952, S.435.

2) so auch Bohne, Forensische Zahnheilkunde, S.66. Bedenklich weitgehend Schlemmer in DMW 1955, S.295, wenn er ausführt: "Eine Verantwortung des Arztes für schädliche Wirkungen eines noch nicht im Handel befindlichen Heilmittels entfällt, wenn sich der Patient ausdrücklich mit dessen Anwendung einverstanden erklärt hat".

rechtlichen Gleichwertigkeit mehrerer Therapien erweist sich aber dann als praktisch nutzlos, wenn sich herausstellt, daß der Arzt den Patienten nicht über das Bestehen mehrerer Heilmethoden aufgeklärt hat. Dann ist die Behandlung - ihre rechtliche Gleichwertigkeit vorausgesetzt -, zwar keine Körperverletzung, doch strafrechtlich unter dem Gesichtspunkt der Nötigung oder de lege ferenda der eigenmächtigen Heilbehandlung zu würdigen.

Um eine solche Folge zu vermeiden, hat das Reichsgericht in der Entscheidung RGSt 67, 12 ff. (24) wohl auch gerade im Zusammenhang mit medizinischen Richtungsgegensätzen oder Meinungsverschiedenheiten auf die erweiterte Aufklärungspflicht des Arztes hingewiesen¹⁾. Mezger²⁾ will offenbar der Einwilligung des Patienten einen Einfluß auf die Frage nach dem Vorliegen eines Kunstfehlers einräumen, was sehr bedenklich und dogmatisch nicht haltbar erscheint. Mezger verbindet die beiden Probleme gerade in der Weise, gegen die sich Eb. Schmidt mit Recht wendet. Auch wenn sich später herausstelle, daß bei einer Behandlung der andere Weg objektiv der bessere gewesen wäre, könne ein Kunstfehler deshalb entfallen,

1) Vgl. Liertz-Pfaffrath, Handb. d. Arztrechts, S. 270 f.; König-Köstlin, aaO., S. 74; anders König in JW 1938, S. 345 f., wo er eine "spezielle Aufklärungspflicht" verneint; Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 89; Perret, Arzthaftpflicht, S. 9 ff.; Prokop, Homöopathie und Wissenschaft, S. 193 ff.; Reichenbach, HNO, Beihefte z. Ztschr. f. Hals-, Nasen- u. Ohrenheilk., Bd. 8, Heft 1, 1959. Alle Autoren weisen auf die Bedeutung und den erweiterten Umfang der Aufklärungspflicht hin, wenn neue, abweichende oder umstrittene Methoden angewendet werden sollen.

2) Mezger, Dt. Z. f. ger. Med. Bd. 42, 1953, S. 373.

weil sich der Patient nach Aufklärung über das Für und Wider des einen oder des anderen Weges mit dem gewählten Weg einverstanden erklärt habe. Dem kann nicht zugestimmt werden¹⁾. Ein Kunstfehler entfällt schon dann, wenn bei einem Nebeneinander von alten, neuen und umstrittenen Heilverfahren unter Beachtung der oben dargelegten Gesichtspunkte eine rechtliche Gleichwertigkeit besteht. Die diesbezüglich erforderliche Aufklärung und die darauf beruhende Einwilligung des Patienten betreffen nur die Frage, ob der Arzt - wenn auch kunstgerecht - eigenmächtig vorgegangen ist.

Nach Ziffer 5 der oben auszugsweise wiedergegebenen Richtlinien für neuartige Heilbehandlung vom 28.2.1931²⁾ darf eine neuartige Heilbehandlung nur vorgenommen werden, "wenn sich die betreffende Person oder ihr gesetzlicher Vertreter auf Grund einer vorangegangenen zweckentsprechenden Belehrung mit der Vornahme in unzweideutiger Weise einverstanden erklärt"³⁾. In neuerer Zeit hat sich der Bundesgerichtshof wiederholt mit der Frage nach dem Umfang der Aufklärungspflicht befaßt, und zwar insbesondere auch im Zusammenhang mit der Therapie. Im Urteil vom 10.7.1954⁴⁾ geht

-
- 1) Abgesehen davon widerspricht die Auffassung Mezgers der von ihm vertretenen Begriffsbestimmung des ärztlichen Kunstfehlers, vgl. aaO., S.370.
 - 2) Reichsgesundheitsbl., 1931, S.174.
 - 3) So auch der von Liertz-Pfaffrath, S.268 angeführte Runderlaß des preußischen Ministers für Volkswohl-fahrt vom 11.6.1931.
 - 4) Sog. Elektroschockurteil in NJW 1956, S.1106 ff.; ferner BGH U.v.17.2.1956 in VersR.1956, S.224; BGH in NJW 1959, S.811 ff. und in NJW 1959, S.814 f. und Bemerkungen von Erdsiek NJW 1959, S.807 f.; OLG Stuttgart U.v.29.4.1957 in NJW 1958, S.262.

der Bundesgerichtshof noch weiter als das Reichsgericht und verlangt u.a. vom Arzt auch ohne ausdrückliches Befragen seitens des Patienten eine weitgehende Aufklärung über die Therapie und ihre möglichen schädlichen Folgen. "Soweit die mit der Einholung der Einwilligung verbundene Aufklärung - auch über mögliche schädliche Folgen der Therapie - die Stimmung oder sogar das Allgemeinbefinden herabdrückt, handelt es sich um unvermeidbare Nachteile, die in Kauf genommen werden müssen". Die Aufklärungspflicht über mögliche schädliche Folgen der Therapie gehöre gerade mit zum ärztlichen Beruf¹⁾. Auch Friedrich²⁾ hält den Arzt zu einer besonderen Aufklärung über Behandlungsabsichten und -gefahren für verpflichtet. Insbesondere sei dies bei der Verwendung noch nicht vielseitig erprobter Mittel der Fall. Er führt zusammenfassend folgendes aus:

"Im Grundsatz besteht auch eine Aufklärungspflicht des Arztes über therapeutische Absichten, jedoch - abgesehen vom Fall der ausdrücklichen Fragestellung - nur bei objektiv möglicher und für den Arzt subjektiv erkennbarer Gefährdung des Kranken. Eine solche Gefahr ist generell zu verneinen bei der Anwendung bewährter Heilmethoden oder Heilmittel. Überspannte Anforderungen an die Aufklärungspflicht des Arztes sind im Interesse einer wirksamen Heilbehandlung zu vermeiden. Stets wird auch bei der Therapie die Lage des Einzelfalles entscheidend sein müssen".

1) Vgl. die kritische Stellungnahme zum Elektroschockurteil von Friedrich in Med.Klin.1955, S.774 (insbesondere zur Frage der Statistik); ferner Neidhardt/Müller in NJW 1956, S.1097 ff.; Reichenbach in Lebensversicherungsmedizin, 1959, S.1 ff.

2) VersR. 1954, S.380 ff.

III. Zusammenfassung.

Aus der Rechtsprechung und aus dem Schrifttum ergibt sich, daß dem Arzt bei der Anwendung neuer oder umstrittener Heilverfahren - mögen sie rechtlich auch gleichwertig sein - eine besondere Aufklärungspflicht obliegt.

Der Arzt muß den Patienten also darauf hinweisen, daß bezüglich der von ihm geübten oder beabsichtigten Heilmethode Meinungsverschiedenheiten bestehen; dabei darf er dem Patienten die von ihm abgelehnten Verfahren nicht verschweigen. Klärt der Arzt den Patienten über die Therapie nicht ausreichend auf, so bildet nach heute noch herrschender Rechtsprechung die auf der unzureichenden Belehrung beruhende Einwilligung keinen Rechtfertigungsgrund. Der Bundesgerichtshof bestraft einen Arzt in diesem Fall auch dann wegen Körperverletzung bzw. Tötung, wenn er bei dem Eingriff selbst kunstgerecht vorgegangen ist.

Das Schrifttum, das hinsichtlich der Körperverletzung bzw. Tötung überwiegend schon die Tatbestandsmäßigkeit des ärztlichen Eingriffs ablehnt, bejaht in Fällen mangelnder Aufklärung den Tatbestand der Nötigung. De lege ferenda werden solche Fälle vom Tatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung erfaßt werden.

Mit der Frage, ob ein ärztlicher Eingriff kunstgerecht ist oder nicht, hat die Verletzung der Aufklärungspflicht nichts zu tun. Ob eine ausreichende Aufklärung des Patienten erfolgt ist, bedarf stets erst dann der Prüfung, wenn feststeht, daß das ärztliche Vorgehen kunstgerecht ist. Ist letzteres nicht der Fall, so erübrigt sich die Prüfung, ob der Arzt

seiner Aufklärungspflicht nachgekommen ist, da die Strafbarkeit schon aus dem Gesichtspunkt der Körperverletzung bezw. Tötung begründet ist¹⁾.

Die Bejahung der rechtlichen Gleichwertigkeit mehrerer Therapien enthebt den Arzt also nicht der Pflicht, bei Anwendung umstrittener Verfahren den Patienten besonders auch über die Tatsache aufzuklären, daß das von ihm beabsichtigte Verfahren von der Mehrheit seiner Kollegen abgelehnt wird bezw. in der medizinischen Wissenschaft und Praxis umstritten ist.

§ 14

Sachverständigenfragen

Schließlich sei noch auf eine mehr verfahrensrechtliche Seite hingewiesen, die in Fällen der vorliegenden Art jedoch eine große Rolle spielt und von entscheidendem Einfluß auf die Beurteilung ärztlichen Verhaltens ist.

Die Mitwirkung des ärztlichen Sachverständigen hat bei der Prüfung, ob ein Kunstfehler vorliegt, insbesondere beim Nebeneinander mehrerer Behandlungsmethoden große Bedeutung. Kann doch der Jurist den vom Reichsgericht geforderten "Vergleich der Erfolgsaussichten" in aller Regel nicht ohne die Hilfe des medizinischen Sachverständigen anstellen. Die in RGSt 52,S.62 und 57,S.158 vertretene Meinung, daß es dem Richter überlassen sei, zu entscheiden, ob er sein eigenes Erfahrungswissen für ausreichend halte oder einen medizinischen Sachverständigen zuziehen müsse, hat das Reichsgericht in RGSt 61,S.273 aufge-

1) Soweit schuldhaftes Handeln vorliegt.

geben. "Das Gericht kann die Zuziehung eines Sachverständigen unterlassen, wenn es sich selbst die nötige Sachkunde zutraut und diese nach der Erfahrung des Lebens auch haben kann"¹⁾.

Wenn nun medizinische Richtungsgegensätze oder auch nur Meinungsverschiedenheiten eine Rolle spielen, so ist bei der Auswahl der Sachverständigen das Gericht zu besonderer Sorgfalt verpflichtet. Denn es würde praktisch "schon eine Vorwegnahme der ganzen Fallentscheidung sein, wenn das Gericht als Sachverständigen nur den Vertreter einer Richtung hören würde, mag er nun der Richtung des Angeklagten oder der entgegengesetzten angehören"²⁾. Das Reichsgericht hat besonders im Rahmen der Prüfung der Erfolgsaussichten mehrerer Therapien die Anhörung von Vertretern beider Richtungen als Sachverständige für notwendig erachtet³⁾. Die Nichtzuziehung von Sachverständigen beider Richtungen wird vom Reichsgericht unter Umständen als Verletzung der dem Tatrichter obliegenden Wahrheitsermittlungspflicht angesehen und kann daher einen Revisionsgrund bilden⁴⁾.

-
- 1) Auch RG JW 1932, S.3358: "Das Gericht darf den Antrag auf Vernehmung eines Sachverständigen nicht ablehnen, wenn es die für sich in Anspruch genommene Sachkunde nach der Erfahrung des Lebens gar nicht haben kann". Zust. Anm.von Bohne aaO. Ferner zur Frage der Zuziehung von Sachverständigen Eb.Schmidt in Ponsold, S.52 f., Arzt im Strafrecht, S.156.
 - 2) Eb.Schmidt in Ponsold, S.52; vgl. auch denselben in DMW 1947, S.145 u. die Zustimmung von Mueller in Dt.Z.f.ger.Med. Bd.46, 1957/58, S.782.
 - 3) RG HRR 1938, S.857; ebenso RG in HRR 1937, S.1429; 1938, S.936; OLG Königsberg U.v.12.9.1940 in Marcet, S.342 f.
 - 4) Vgl. zum Vorstehenden auch König-Köstlin aaO., S.73; Kohlhaas in VersR. 1955, S.721 u. in Kuhns I, S.617.

Die medizinischen Sachverständigen haben allerdings nicht die Aufgabe, bei Meinungsverschiedenheiten oder Richtungsgegensätzen die eine oder die andere Methode zu verteidigen, sondern "zu erforschen helfen, ob in dem geduldeten Nebeneinander aller Fachrichtungen im konkreten Fall nicht eben doch die stärkere Methode eher zum Erfolg geführt haben würde"¹⁾.

In der Tat wird der Ausgang eines Strafverfahrens weitgehend von der Beantwortung der Vorfrage abhängen, ob im einzelnen Fall ein Kunstfehler begangen worden ist. Diese Frage wird in erster Linie von den Sachverständigen beantwortet werden müssen, so daß Engisch²⁾ ihnen besonders empfiehlt, großzügiger zu sein, um dem "Toleranzprinzip" zur Geltung zu verhelfen. Medizinische Sachverständige seien allzu leicht geneigt, eine fremde Behandlungsmethode, von deren Gefährlichkeit und Schädlichkeit sie überzeugt seien, als Kunstfehler zu bezeichnen. "Wenn irgendwo ein Urteil irrte, so war wohl selten der medizinische Sachverständige schuldfrei"³⁾. Die medizinischen Sachverständigen als Gehilfen des Richters sind daher besonders berufen, auch mit zur rechtlichen Gleichwertung verschiedener Therapien beizutragen, indem sie in ihren Gutachten umstrittene Behandlungsmethoden nicht vorschnell aus gegenteiliger Überzeugung als Kunstfehler bezeichnen sollten.

1) So Kohlhaas in Kuhns aaO.,

2) in Langenbecks Archiv Bd.273, 1952, S.434,443 f.

3) So Goldhahn-Hartmann, Chirurgie und Recht, S.2; auch Perret in Helvetia Chirurgica Acta 1954, S.231; ferner Bohne, Forensische Zahnheilkunde, S.65. Aus medizinischer Sicht ausführlich: Schellworth, Der medizinische Sachverständige, 1958, S.192 ff.

§ 15

Zusammenfassung.

Das Ergebnis der vorstehenden Untersuchungen läßt sich folgendermaßen zusammenfassen:

1. Die Feststellung eines Kunstfehlers bedeutet noch kein juristisches Werturteil, sondern stellt nur die Bezeichnung für einen medizinisch fehlerhaften Sachverhalt dar.
2. Grundsätzlich bildet die "Regel der medizinischen Wissenschaft" den Maßstab, an dem ärztliches Vorgehen gemessen wird.
3. Soweit auf therapeutischem Gebiet medizinische Meinungsverschiedenheiten oder Richtungsgegensätze bestehen, muß zunächst geprüft werden, ob diese Meinungsverschiedenheiten bzw. Richtungsgegensätze im konkreten, zu beurteilenden Fall überhaupt eine Rolle spielen.
4. Ist das der Fall, so hat ein "Vergleich der Erfolgsaussichten" der angewendeten mit der abgelehnten Methode stattzufinden. Der Arzt ist grundsätzlich zur Anwendung des Verfahrens verpflichtet, das den besseren und sichereren Erfolg verspricht.
5. Ein Arzt kann von der Anwendung eines weitaus überwiegend anerkannten und ex ante den besseren Erfolg versprechenden Heilverfahrens dann absehen, wenn er dies auf sachliche Gründe stützen kann.

6. Solange noch förderliche Meinungsverschiedenheiten unter Medizinern über das Für und Wider einer Behandlungsmethode bestehen, ist auch eine rechtliche Gleichwertigkeit nebeneinander bestehender Heilverfahren anzunehmen.
7. Der Richter hat sich jeder grundsätzlichen Stellungnahme für oder gegen ein bestimmtes Heilverfahren zu enthalten. Seine Entscheidung betrifft stets nur den konkreten Fall.
8. Ist ein Mittel oder ein Verfahren bei einer bestimmten Krankheit als besonders wirksam anerkannt und hat infolgedessen im Verhältnis zu allen anderen Heilmitteln oder -verfahren einen solchen Vorrang, daß die anderen daneben erkennbar weit zurücktreten, so ist auch der Arzt grundsätzlich zur Anwendung des betreffenden Mittels oder Durchführung des betreffenden Verfahrens verpflichtet, der einer anderen Richtung angehört, die jenes Mittel oder Verfahren ablehnt.
9. Kann ein Arzt ein von ihm abgelehntes, aber bekanntermaßen bewährtes Verfahren selbst nicht durchführen, so ist er entweder zur Zuziehung eines Kollegen oder zur Überweisung des Patienten an einen Kollegen verpflichtet.
10. Auf therapeutischem Gebiet kann von Kunstfehlern stets nur dann gesprochen werden, wenn grundsätzliche, fundamentale Regeln verletzt sind.
11. Bei medizinischen Meinungsstreitigkeiten trifft den Arzt, der eine umstrittene Methode anwendet, eine besondere Aufklärungspflicht über die Tatsache der Umstrittenheit, das Bestehen anderer Verfahren

und eventuelle typische Gefahren seiner Methode.

12. Die rechtliche Gleichwertigkeit der Therapien entbindet den Arzt nicht von dieser besonderen Aufklärungspflicht. Die Frage der Aufklärungspflicht ist jedoch ohne Einfluß auf die Entscheidung, ob ein Verhalten medizinisch fehlerhaft ist oder nicht.
13. Bei einem Nebeneinander mehrerer Heilmethoden oder einem Gegeneinander medizinischer Richtungen hat das Gericht zum Vergleich der Erfolgsaussichten medizinische Sachverständige beider oder aller in dem zu entscheidenden Fall in Betracht kommenden Richtungen zu hören.

L e b e n s l a u f

Am 5. Februar 1935 wurde ich als fünftes Kind des praktischen Arztes, Dr. med. Günther Loewe und seiner Ehefrau Ilse, geb. Merkel zu Neustadt an der Aisch in Mittelfranken geboren.

Von 1941 bis 1945 besuchte ich die Volksschule in Meiningen/Thüringen und von 1945 bis 1953 das Theresiengymnasium in München, an dem ich die Reifeprüfung ablegte.

Ab Wintersemester 1954/55 studierte ich an der Ludwig-Maximilians-Universität in München Rechtswissenschaften und legte hier, nachdem ich auch ein Semester in Heidelberg studiert hatte, die erste juristische Staatsprüfung 1958/I mit der Note "gut" (2,57) ab. Seit dem 1.9.1958 befinde ich mich als Rechtsreferendar im Vorbereitungsdienst beim Oberlandesgericht München.



